
G

A M. Camille Jullian
Cordial hommage
P. F. Girard

MANUEL ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

MANUEL ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

PAR

PAUL FRÉDÉRIC GIRARD

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques
(Prix Kœnigswarter)

SIXIÈME ÉDITION

REVUE ET AUGMENTÉE

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET Cie

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1918

Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation réservés
pour tous pays


THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
ST. MICHAEL'S
COLLEGE
LIBRARY

OCT 24 1934
7195

PRÉFACE DE LA SIXIÈME ÉDITION

La sixième édition de ce *Manuel* paraît en mars 1918, dans la quatrième année de la grande guerre que notre pays a été contraint à soutenir par une si odieuse agression et qu'il soutient depuis si vaillamment et si glorieusement pour le bon droit et pour la liberté du monde.

Comme dans les éditions précédentes, nous nous sommes efforcé de maintenir notre livre au niveau de l'état présent de la science à la fois par des remaniements, en général assez restreints, et par des additions qui, bien que pour la plupart également fort brèves, ont encore grossi cette nouvelle édition de vingt à trente pages. Les circonstances dans lesquelles elle a été préparée et imprimée y expliqueront quelques défectuosités matérielles. Elles expliqueront aussi qu'on n'y trouve mentionnée aucune des publications qui ont pu être faites depuis le commencement d'août 1914 dans les pays en guerre avec la France.

Paris, 5 mars 1918.

PREFACES DES CINQ EDITIONS PRECEDENTES

Ce manuel est le résumé très sommaire de l'enseignement de Droit romain que nous avons donné depuis bientôt quinze ans, à travers les changements de programmes et de Facultés, non pas seulement par suite du hasard des vacances ou de l'avancement, mais en vertu d'un goût constant et réfléchi.

Pour lui garder son caractère élémentaire, nous nous sommes efforcé d'y laisser partout au corps du texte la forme la plus simple possible, en nous bornant à l'exposé des principes essentiels et en excluant toutes les indications de sources et d'auteurs. Mais, désirant écrire un ouvrage scientifique en même temps qu'un ouvrage élémentaire, nous avons placé dans les notes l'appareil de preuves et de renvois sans lequel un livre de ce genre ne serait qu'un amas d'allégations individuelles. On y trouvera, pour chaque point, non pas bien entendu la totalité des textes, mais l'indication précise et parfois même la reproduction partielle des textes essentiels. Quant aux citations d'auteurs, nous ne croyons avoir fait aucune de ces citations superflues qui sont une affectation du citateur ou une politesse à la personne citée ; mais nous nous sommes attaché à fournir l'ensemble de renvois nécessaires, encore plus indispensables dans un livre fait pour des commençants, ignorants de la littérature, que dans des études savantes écrites pour des gens déjà au courant. Nous ne pensons pas, en particulier, avoir à nous excuser d'avoir fait, dans notre bibliographie, une part assez large à la littérature étrangère. Quand il existait sur un point un ouvrage français, nous l'avons signalé de préférence, comme accessible à plus de lecteurs ; mais, quand certaines théories, certaines idées ne se trouvaient présentées que dans des travaux de langue étrangère, nous nous sommes d'autant plus appliqué à indiquer nettement ces travaux que les étudiants à même d'en profiter ont d'ordinaire chez nous plus de peine à se renseigner exactement sur eux. Enfin nous ne nous sommes fait aucun scrupule d'aborder plus d'une fois dans les notes des discussions d'ordre un peu technique, absentes d'autres ouvrages courants : elles intéresseront peut-être quelques-uns, sans pouvoir à cette place incommoder personne.

Si nous avions un regret, ce serait plutôt d'avoir été contraint, par le caractère de notre livre, à commettre bien des omissions et des ellipses conscientes, à négliger nombre de détails instructifs, à indiquer seulement d'un mot beaucoup de doctrines qui eussent requis une exposition développée. Assurément ce n'eût point été pour nous un grand embarras d'être plus long. En écrivant cet abrégé, nous avons cru aller au plus pressé. Notre but sera atteint s'il paraît pouvoir rendre quelques services.

Paris, 26 octobre 1895.

La première édition de ce *Manuel* a été publiée en fascicules, entre le mois d'octobre 1895 et le mois d'avril 1897. La seconde édition paraît en décembre 1897. On comprendra que, dans l'intervalle, nous n'ayons pas eu à faire de remaniements bien étendus. Mais ceux qui prendront la peine de comparer les deux volumes reconnaîtront aisément que l'ouvrage n'a pas été simplement réimprimé. Il a été revu du commencement à la fin, les citations de textes ont été vérifiées à nouveau, la bibliographie mise au courant, de menues additions faites un peu partout. De plus, nous y avons joint une longue table alphabétique qui se révélera, croyons-nous, à l'usage comme étant assez exacte et assez complète pour constituer un loyal et solide instrument de travail. En tout cas, nous pensons n'avoir enlevé à notre livre aucun des éléments d'utilité divers qui ont pu lui attirer, dans nos écoles et au dehors, un succès assurément de beaucoup supérieur à nos espérances.

Paris, 24 décembre 1897.

La troisième édition du *Manuel de droit romain* ne diffère de la seconde, publiée en 1897, par aucun remaniement d'ensemble. Les seuls changements, ou peu s'en faut, sont des additions destinées à rectifier de petites inexactitudes, à combler de petites lacunes, à mieux préciser la position de quelques questions, le plus souvent à signaler des idées nouvellement émises, des textes récemment découverts. Mais ces additions, parmi lesquelles il n'y en a peut-être pas dix qui tiennent plus de quatre lignes, se sont trouvées finalement en assez grande quantité pour que leur total ait grossi notre livre de dix-huit pages. Leur nombre et leur concision attesteront mieux que toute autre chose aux bons juges combien nous nous sommes appliqués à conserver à notre manuel les dimensions d'un ouvrage élémentaire sans sacrifier aucune nécessité

scientifique, à le tenir au courant de toutes les nouveautés utiles sans l'alourdir d'aucun poids superflu.

Paris, 30 novembre 1900.

Ce livre a paru, pour la première fois, en fascicules, entre 1895 et 1897. Depuis il s'en est écoulé trois éditions faisant à elles trois un total de plus de dix mille exemplaires, une traduction anglaise de son Introduction vient d'être publiée au Canada et des traductions complètes en sont en préparation en Allemagne et en Angleterre. Si l'on réfléchit que, tout en étant et en voulant être un livre élémentaire, il est, par le matériel de preuves et de discussions contenu dans ses notes, tout l'opposé de ces résumés sommaires faits d'affirmations gratuites, où les candidats pressés vont chercher à la dernière heure des réponses toutes faites, on estimera peut-être que son succès ne porte pas à croire que les études sérieuses de droit romain soient si délaissées ni en France ni ailleurs. Dans cette édition comme dans les précédentes, nous nous sommes appliqué à lui conserver le caractère à la fois scolaire et scientifique qui est sa raison d'être, en lui laissant, d'une part, les dimensions relativement restreintes que ne peut excéder un ouvrage destiné aux étudiants, mais en le tenant, d'autre part, minutieusement au courant de toutes les découvertes de textes inédits et de toutes les publications de doctrines nouvelles qui nous ont semblé pouvoir présenter une utilité pour la connaissance du droit romain ; il suffira de se reporter à nos Additions et corrections pour voir que nous n'avons abandonné cette tâche qu'au moment de l'impression de notre dernière page.

Paris, 1er mars 1906.

Dans cette cinquième édition comme dans les précédentes, je me suis appliqué à conserver à mon *Manuel* le caractère à la fois élémentaire et scientifique que j'ai entendu lui donner dès la première heure. Le plan ni le cadre n'en ont changé ; mais son texte et ses notes ont été revus avec le double souci de le tenir le mieux possible au courant des nouveautés dignes d'attention et d'en écarter toute longueur inutile. J'espère être encore cette fois parvenu à relever, dans une suite d'additions dont quelques-unes figurent déjà dans les traductions allemande et italienne publiées en 1908 et 1909, dont la plupart paraissent ici pour la première fois, tout ce qu'il est le plus nécessaire de connaître sur les documents découverts et les doctrines émises depuis l'année 1906, date

de ma 4[e] édition, et je n'ai cependant grossi le corps de mon livre que de sept pages. Il ne présente, en dehors de là, qu'un seul accroissement notable. C'est une table alphabétique de tous les textes cités que m'ont offert d'y joindre quatre amis du droit romain desquels j'ai déjà présidé ou dois bientôt présider les thèses : elle rendra, je crois, des services symétriques et au moins égaux à ceux de la table alphabétique des matières qui accompagne l'ouvrage depuis la 2[e] édition.

Paris, 31 mai 1911.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

Nous indiquons sur chaque question les travaux particuliers qui s'y rapportent et nous faisons connaître, dans notre premier livre, les principaux monuments du droit romain qui nous ont été transmis. Il ne sera cependant pas hors de propos de signaler sommairement ici les recueils et les ouvrages d'ensemble auxquels se rapportent nos principaux renvois et les abréviations employées dans ces renvois, en distinguant, dans notre énumération, les monuments, les commentaires et les livres de consultation auxiliaires relatifs soit à d'autres branches des antiquités romaines, soit à l'histoire d'autres législations utiles à rapprocher du droit romain.

I. — Monuments.

1. Les documents fondamentaux sont toujours les compilations faites par ordre de l'empereur Justinien que l'on réunit sous le nom de *Corpus juris civilis* : le Digeste, le Code, les Institutes et les Novelles.

Nos citations, — qui ont été prises pour les Institutes dans l'édition donnée dans nos *Textes* (*Textes de droit romain publiés et annotés par P. F. Girard, 4e éd. revue et augmentée,* 1913 = Girard, *Textes*), pp. 632-793, et pour le Digeste, le Code et les Novelles, dans l'édition stéréotype du *Corpus* signalée aux pp. 80-84 de notre Introduction, mais dont nos lecteurs remarqueront qu'on peut également les retrouver dans n'importe quelle autre édition parce que nous avons eu soin, dans les cas où les éditions présentent des diversités de numérotage, d'indiquer entre parenthèses, à la suite du chiffre des éditions les plus modernes, le chiffre différent des éditions plus anciennes, — ont été faites de la manière suivante. Les renvois aux novelles sont faits par le chiffre de la novelle et, s'il y a lieu, du chapitre et du paragraphe : Nov. 1, c. 2, 2 = Novelle 1, chapitre 2, § 2. Ceux aux Institutes sont faits par les chiffres du livre, du titre et du paragraphe auxquels nous avons ajouté pour plus de clarté la rubrique en abrégé du titre : *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 28 = Institutes, livre 4, titre 6, *De actionibus*, § 28. Pour le Digeste et le Code, nous n'avons pas cru devoir suivre la méthode encore assez répandue qui indique d'abord la loi et, s'il y a lieu, le paragraphe, puis le livre et le titre, souvent avec la rubrique de ce dernier : *L.* ou *Fr.* 2, § 32, *D.*, 1, 2, *De O. J.* = Loi ou fragment 2, paragraphe 32, du titre 2 du livre 1 du Digeste intitulé : *De origine juris* ; *L.* ou *Const.* 12, *pr.*, *C.*, 3, 31, *De H. P.* = Loi ou constitution 12, *principium*, du titre 31 du livre 3 du Code intitulé : *De heredi*-

tatis petitione. Nous avons préféré le mode de citation plus simple, plus logique et plus conforme aux méthodes suivies pour les textes littéraires, selon lequel le premier chiffre se rapporte au livre, le second au titre, dont ici encore nous avons indiqué la rubrique, le troisième à la loi et le quatrième, s'il y a lieu, au paragraphe : *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 32 ; *C.*, 3, 31, *De H. P.*, 12, *pr.* (ou, quand une loi ou un titre a, dans les éditions modernes, un chiffre différent de celui, noté entre parenthèses, des éditions anciennes : *D.*, 28, 5, *De her. inst.*, 60 (59), 4. *C.*, 8, 27 (28), *De distr. pign.*, 4). Au cas de plusieurs citations consécutives, il est facile de reconnaître la valeur des différents chiffres en remarquant que les rubriques indiquées en abrégé suivent forcément toujours des chiffres de titres, que les renvois aux lois du même titre sont séparés par des points et virgules (*D.*, 1, 2, *De O. J.*, 1 ; 2) et ceux à des paragraphes de la même loi par des points (*D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 32. 33). Enfin on comprendra pareillement sans peine les renvois plus elliptiques faits par les abréviations *D.*, *h. t.*, *C.*, *h. t.*, *Inst.*, *h. t.*, à des titres du Digeste, du Code et des Institutes indiqués précédemment d'une manière plus complète, le plus souvent à ceux signalés en tête d'une division comme en constituant les sources principales.

2. Il existe un assez grand nombre de textes des jurisconsultes romains qui nous ont été transmis en dehors des compilations de Justinien : les Institutes de Gaius, auxquelles on renvoie par le livre et le paragraphe (Gaius, *Inst.*, 4, 48, ou Gaius, 4, 48), les Règles d'Ulpien auxquelles on renvoie par le titre et le paragraphe (Ulpien, *Reg.*, 2, 20, ou Ulpien, 2, 26), les Sentences de Paul auxquelles on renvoie par le livre, le titre et le paragraphe (Paul, *Sent.*, 2, 17, 3), les fragments du Vatican, auxquels on renvoie par le paragraphe (*F. V.*, 283), la *Collatio* à laquelle on renvoie par le titre, le chapitre et le paragraphe (*Coll.*, 10, 2, 1), etc. On trouvera tous ces fragments reproduits avec des notices et des notes explicatives dans nos *Textes*, 4e éd., pp 211-631. Mais il peut convenir de se reporter, pour leur établissement critique, à d'autres recueils munis d'un appareil de preuves plus complet ou inspirés par des idées différentes, parmi lesquels nous nommerons la *Collectio librorum juris antejustiniani* publiée par MM. Mommsen, P. Krueger et Studemund en 3 vol. in-8° (I, éd. 5, 1905. II, 1870. III, 1890), la *Jurisprudentia antejustiniana* de Huschke (éd. 5, 1866, in-18, tomes I et II, 1, d'une 6e édition refondue par MM. Seckel et Kuebler, 1908. 1911), et les *Fontes juris antejustiniani* de MM. Riccobono, Baviera, Ferrini, I, 1909, in-18, dont la 2e partie, due à M. Baviera, est relative aux *auctores*.

3. Il faut citer immédiatement à la suite de ces deux catégories de recueils, deux instruments de travail exclusivement relatifs aux textes de jurisconsultes : *a*) La *Palingenesia juris civilis* de Lenel, 2 vol. in-4°, 1889, où sont replacés dans leur ordre primitif les débris des ouvrages de jurisconsultes transmis morcelés soit dans le Digeste, soit autrement (à l'exclusion des Institutes de Gaius, des Sentences de Paul et des Règles d'Ulpien). Quelques textes qu'il peut être utile de consulter dans la *Palingenesia* ont été indiqués entre parenthèses par le nom de Lenel et le n° qu'ils ont dans la restitution de l'œuvre de leur auteur. Ainsi le renvoi à Ulpien, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 68 (Lenel, 2987) signifie que le texte porte le n° 2987 dans la restitution de

l'œuvre d'Ulpien donnée par la *Palingenesia.* — *b*) Le *Vocabularium jurisprudentiae Romanae editum jussu instituti Savigniniani*, en cours d'impression, in-4°, I, A-C, 1894-1903. II, 1-2, D-E, 1906-1913. III, 1, 1910. V, 1, 1910.

4. On peut avoir à consulter à côté des constitutions impériales contenues dans le Code de Justinien, celles contenues dans les Codes antérieurs, Code Théodosien = *C. Th.* ; Code Grégorien = *C. Greg.* ; Code Hermogénien = *C. Herm.* (nouvelle édition savante du Code Théodosien et des Novelles qui le complètent signalée pp. 75, n. 3 et 76, n. 1 ; v. pour les Codes Grégorien et Hermogénien l'observation p. 75, n. 2). Nous citons ces Codes de la même façon que le Code Justinien : *C. Th.*, 1, 4, *De resp. prud.*, 3 = Code Théodosien, livre 1, titre 4, *De responsis prudentum*, constitution ou loi 3.

5. Les inscriptions nous ont aussi conservé une grande quantité de documents juridiques. Celles qui nous ont paru les plus importantes sont rassemblées, avec des notices et des notes explicatives, dans nos *Textes de droit romain* dont la première partie pp. 1-210, est consacrée aux Lois et la troisième, pp. 795-912, aux Actes. Les *Fontes* de MM. Riccobono, Baviera et Ferrini contiennent aussi une partie relative aux Lois due à M. Riccobono et en contiendront une relative aux Actes qui n'a pas encore paru. Les unes et les autres se trouvent dans le recueil des *Fontes juris Romani antiqui* composé par Bruns et tenu ensuite au courant par MM. Mommsen et Gradenwitz (7e éd. par Gradenwitz, 1909, in-8° = Bruns, *Fontes*) dont la première partie, *Leges et negotia* (index par Gradenwitz, 1912, in-4°) renferme l'ensemble des inscriptions juridiques et dont la seconde, *Scriptores*, contient un certain nombre de textes littéraires intéressants pour le droit. Mais la consultation de ces recueils spéciaux ne peut dispenser de recourir, le cas échéant, aux recueils d'ensemble qui sont : pour les inscriptions latines, le *Corpus inscriptionum Latinarum*, publié en volumes in-folio depuis 1863 à Berlin (*C. I. L.*), à côté duquel nous avons parfois eu à citer l'*Ephemeris epigraphica* (gr. in-8°, 1873 et ss. = *Eph. ep.*), qui en est le supplément périodique, et les choix d'Orelli-Henzen (*Inscriptionum Latinarum amplissima collectio, ed. Orellius*, 1828 ; *vol. tertium ed. Henzen*, 1856, 3 vol. in-8°) et de Dessau (*Inscriptiones Latinae selectae*, I, 1892 ; II, 1, 1902 ; II, 2, 1906, in-8°) ; pour les inscriptions grecques, notamment le *Corpus inscriptionum Graecarum*, 4 vol. in-folio, Berlin, 1828-1877 (= *C. I. Gr.*). Il y a aussi beaucoup de documents se rapportant au droit romain parmi les papyrus d'Egypte dont l'étude est devenue une véritable discipline propre ayant son organe spécial dans l'*Archiv für Papyrusforschung* (*Arch. f. Pap.*), 1900 et ss. ; nous avons, pour eux, quand ils ne sont pas déjà dans nos *Textes*, renvoyé autant que possible au recueil juridique spécial de M. Mitteis, cité pp. 68, n. 2 et 115, n. 3 ; mais il nous a fallu citer aussi plus d'une fois les recueils généraux, désignés, tantôt d'après le lieu où les papyrus ont été trouvés et tantôt d'après celui où ils sont conservés, sous les noms de papyrus de Londres (*P. Lond.* = *Greek Papyri in the British Museum*, 1893 et ss., in-folio), de Manchester (*Catalogue of the Greek papyrus in the John Rylands library Manchester*, 2 vol. in-4°, 1911.1915), d'Oxyrhynchos (*P. Oxy.* = Grenfell-Hunt, *The Oxyrhynchus Papyri*, I-XII, 1898-1916, in-4°), du Fayoum (*P. Fay.* = Grenfell, Hunt, Hogarth, *Fayum towns and their Papyri*, 1900), du Caire (*P.*

Cair. = J. Maspero, *Papyrus grecs d'époque byzantine, catalogue général du Musée du Caire*, 3 vol., 1910-1916), de Florence (*P. Flor.* = Vitelli, Comparetti, *Papyri Greco-Egizii*, 1905 et ss., in-4°), de Vienne (*C. P. R.* = *Corpus papyrorum Raineri*, I, 1. *Rechtsurkunden*, publié par M. Wessely avec le concours de M. Mitteis, 1 vol. in-folio, 1895), de Berlin (*B. G. U.* = *Aegyptische Urkunde aus d. Museen zu Berlin; Griechische Urkunden*, in-folio, 1895 et ss.), de Leipzig (*P. Lips.* = L. Mitteis, *Griechische Urkunde der Papyrussammlung zu Leipzig*, 1906, in-4°), de Giessen (*P. Giss.* = Kornemann, Eger et Paul M. Meyer, *Griechische Papyri in Museum zu Giessen*), I, 1910, in-4°), etc.

II. — Commentaires.

La littérature directement relative au droit romain comprend, en dehors des recueils périodiques, à la fois des histoires des sources, des histoires générales du droit romain et des traités de droit privé qui, dans certains pays, se subdivisent eux-mêmes en traités de Pandectes et d'Institutes.

1. Pour les traités généraux de droit privé, nous citerons, en France, outre l'ouvrage plus ancien d'Ortolan complété dans sa dernière édition par quelques appendices dus à M. Labbé (Ortolan, *Législation romaine*, I, *Histoire et généralisation*, II. III, *Explication historique des Instituts*, 12e éd., 3 vol. in-8°, 1883-1884), le traité de M. Accarias (*Précis de droit romain*, 4e éd., 2 vol. in-8°, 1886-1891) et les deux manuels de M. Gaston May (*Eléments de droit romain*, 13e éd., 1913) et de M. Petit (*Traité élémentaire de droit romain*, 7e éd., 1913), en Suisse, le *Précis de droit romain* de M. Herzen, in-8°, Lausanne, 1906, et, en Italie, les *Appunti didattici di diritto Romano*, de M. Bertolini, publiés en fascicules in-8° de 1905 à 1914.

Principalement, mais non pas exclusivement dans la littérature de langue germanique, il faut distinguer les traités d'Institutes, où le droit romain est exposé sous une forme sommaire et surtout historique, et les traités de Pandectes, où il est étudié sous une forme plus dogmatique et plus détaillée.

a) Parmi les manuels d'Institutes, nous citerons, en Allemagne, l'ouvrage ancien de Puchta, accompagné de notes abondantes de Rudorff et tenu au courant par M. Paul Krueger (*Kursus der Institutionen*, 10e éd., 2 vol. in-8°, 1893), ceux de Salkowski (*Lehrbuch der Institutionen*, 9e éd. revue par M. Lenel, 1907), de Baron (*Geschichte des römischen Rechts*, *I. Institutionen und Civilprozess*, 1884), de M. Sohm (*Institutionen des römischen Rechts*, 14e éd., 1911) et de M. Leonhard (*Institutionen des römischen Rechts*, 1894); en Italie, ceux de M. Perozzi (*Istituzioni di diritto romano*, 2 vol. in-18, 1906-1908) et de M. Bonfante (*Istituzioni di diritto romano*, 1 vol in-8°, 5e éd., 1912). Malgré la restriction à une période déterminée qu'exprime leur titre, on peut rattacher au même type les ouvrages anglais de M. Roby, *Roman private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, 2 vol. in-8°, 1902, et allemand de M. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, tome I seul paru, 1908, in-8°.

b) Les principaux traités de Pandectes sont celui de Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9e éd. mise au courant et en corrélation avec les arti-

cles du Code allemand, par M. Kipp, 3 vol. in-8°, 1906 (trad. italienne par Bensa et Fadda), qui est le plus complet, celui de Vangerow (*Lehrbuch der Pandekten*, 7e éd., non modifiée, 3 vol 1867), qui n'est pas un traité en forme, mais un programme accompagné de dissertations sur des questions particulières, celui de Dernburg dont une 8e édition remaniée a été donnée en 2 parties en 1 908 et 1912, par M. Sokolowski sous le titre de *System des römischen Rechts* (= Dernburg-Sokolowski), ceux de Brinz (*Lehrbuch der Pandekten*, 2e éd., 1873-1892, revu pour les dernières parties par M.Lotmar) et de Baron (*Pandekten*, 9e éd., 1896), les deux ouvrages inachevés de Bekker (*System des heutigen Pandektenrechts*, 1886-1889) et de Regelsberger (*Pandekten*, 1, 1893) et le *Manuale di Pandette*, de C. Ferrini (3e éd. par Baviera, 1908, 1 vol. in-16).

C'est encore dans la liste des traités de Pandectes qu'il faut comprendre l'énorme ouvrage de Glück, commencé à la fin du siècle dernier et encore inachevé, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, 1797 et ss., trad. italienne en cours. Nous lui joindrons, malgré leur caractère un peu différent, les ouvrages d'ensemble de Savigny (*Traité de droit romain*, trad. Guenoux, 7 vol. in 8°, 1851 1855), de Ihering (*Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., 4 vol. gr. in-8°. 1886 1888 ; nos renvois se rapportent à la 1re éd., 1880) et d'Alfred Pernice (*Marcus Antistius Labeo, Römisches Privatrecht im 2. Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, 1873 ; II, 1878 ; II, 1, 2e éd., 1895 ; II, 2, 2e éd., 1900 ; III, 1, 1892 = Pernice, *Labeo*, 1 ; 2 ; 2, 1 ; 2,2,3,1).

2. Quant aux livres consacrés soit à l histoire générale du droit, soit exclusivement à l'histoire des sources, nous avons surtout cité, pour cette dernière, l'*Histoire des sources du droit romain* de M. Paul Krueger, de la 1r édition de laquelle une traduction française a été jointe par M. Brissaud à la traduction du *Manuel d'antiquités romaines* de Mommsen et Marquardt et dont il a paru en 1912 une seconde édition allemande (= Krueger, *Sources* ; nos renvois à ses paragraphes se rapportent à la fois à la trad. Brissaud et à la 2e édition ; mais nous avons renvoyé aux pages de la 2e édition pour quelques additions). Sur l'histoire générale du droit romain, l'ouvrage moderne le plus étendu, quoique inachevé, est celui de Karlowa (*Römische Rechtsgeschichte*, I. II, 1. 2. 3. 1885-1902, gr. in-8° = Karlowa, *R. R. G.*). Nous signalerons en outre les notions sur l'histoire des sources et sur celle du droit romain données par Bruns et ensuite revues et très remaniées d'abord par Pernice puis par Lenel dans l'Encyclopédie d'Holtzendorff (*Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, I, 7e éd., 1913, pp. 305-397 = Bruns-Lenel, *Gesch und Quell.*), les histoires du droit de Schulin (*Lehrbuch der Geschichte drö esmischen Rechts*, petit in-8°, 1889), de M. Bonfante (*Storia del diritto romano*, 2e éd., 1909 = Bonfante, *Storia*) et de M. de Mayr (*Römische Rechtsgeschichte*, in 12, 1913) ; l'*Introduction historique au droit romain* d'Alphonse Rivier, 2e éd., Bruxelles, 1889 (= Rivier, *Introduction*) ; l'*Historical Introduction to the private Law of Rome* de Muirhead, dont une 1re édition publiée en 1886 a été traduite en 1889 par M. Bourcart qui y a joint des appendices et dont une 4e édition a été publiée en 1899 après une révision due à M Goudy, et l'*History of roman private Law* de M. Clark, dont il a déjà paru 3 vol. in-18, le premier, relatif aux sources, en 1906 et les deux suivants, relatifs

à la jurisprudence, en 1914 ; enfin, surtout comme spécimen des doctrines et des méthodes parfois assez surprenantes de l'auteur, la *Römische Rechtsgeschichte* de Moritz Voigt, 3 vol. in-8°, 1892-1902. C'est aussi parmi les traités d'histoire du droit privé que nous avions cru devoir classer, à raison de son plan chronologique, l'ouvrage de M. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, I, 2ᵉ éd., 1904. II, 1902. Un nouvel ouvrage écrit par l'auteur suivant un plan dogmatique sous le titre de *Manuel des institutions juridiques des Romains* a paru en 1917 à un moment où l'impression du présent livre était trop avancée pour que nous ayons pu remplacer nos renvois aux *Institutions* par des renvois au *Manuel d'Institutions*.

3. Les recueils périodiques de droit auxquels nous avons eu le plus souvent à renvoyer sont : en France, la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* (= *N. R. H.*), in-8°, 1877 et ss., et la *Revue générale du droit* (= *R. gén*), in-8°, 1877 et ss. ; en Italie, l'*Archivio giuridico* (= *Archivio*), in-8°, 1867 et ss., la *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (= *R. It. sc. g.*), in-8°, 1886 et ss. et le *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* (= *B. Ist. D. R*), in-8°, 1888 et ss. ; en Allemagne, la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (= *Z. G. R.*), 15 vol. in-8°, 1815-1850, la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (= *Z. R. G.*), 13 vol. in-8°, 1862-1878, suite de la précédente, et la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistiche Abtheilung* (= *Z. S. St.*), in-8°, 1880 et ss., qui est la continuation des deux autres ; la *Zeitschrift für privat-und öffentliches Recht*, publiée à Vienne par M. Grünhut depuis 1878 (= *Z.* de Grünhut) ; les *Iahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, fondés en 1857 par Gerber et de Ihering (= *Iahrbücher* de Ihering) ; l'*Archiv für civilistische Praxis*, 1818 et ss. (= *Archiv*) et la *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* de Munich (= *K. V. I.*), 1856 et ss.

III. — Livres auxiliaires de référence.

Quant aux instruments auxiliaires de consultation relatifs, soit aux autres branches des antiquités romaines, soit aux autres législations, nous nous bornons ici à indiquer d'une manière purement pratique les ouvrages auxquels nous avons le plus souvent renvoyé ou que nous avons le plus souvent consultés dans les deux ordres.

1. Pour le droit public, nous avons surtout renvoyé à la traduction française du *Droit public romain* de Mommsen (7 tomes en 8 vol. in-8°, 1889-1895 = Mommsen, *Dr. publ.*), mais nous avons aussi parfois cité l'abrégé rédigé depuis par l'auteur (*Abriss des römischen Staatsrecht*, 1893 = Mommsen, *Abriss*) où sont touchés quelques points nouveaux, notamment pour la période byzantine exclue du grand ouvrage. La bibliographie, également absente des deux ouvrages, est au contraire relevée chez P. Willems, *Le droit public romain*, 7ᵉ éd., publiée par J. Willems, Louvain, 1910. — Pour la chronologie romaine, sur les difficultés théoriques de laquelle nous ne connaissons pas encore aujourd'hui de travail plus instructif qu'un article de M. Bouché-Leclercq publié dans la *Revue historique*, tome XLII, 1890, pp. 398-415 (v. encore le même dans Daremberg et Saglio, vᵒ *Fasti*), les

deux livres de consultation pratique que nous avons surtout employés sont, pour la période de la République, celui déjà ancien, mais non remplacé de J.-C. Fischer, *Römische Zeittafeln*, in-4°, 1844, et, pour l'Empire, celui de M. Georges Goyau, *Chronologie de l'Empire romain*, in-18, 1891. — En épigraphie latine, nous avons souvent renvoyé, notamment pour le système des noms, à l'ouvrage de M. René Cagnat, *Cours d'épigraphie latine*, 4e éd., gr. in-8°, 1914. — Il suffira aussi de dire que nos renvois à Marquardt, *Culte*, *Vie privée*, etc., sont relatifs aux volumes de la traduction française du *Manuel des antiquités romaines* de Mommsen et Marquardt, publiée en 1888 et ss. à laquelle appartiennent également la traduction du *Droit public* de Mommsen et celle de l'*Histoire des sources* de Krueger. — Enfin on reconnaîtra sans peine nos citations d'autres ouvrages généraux, comme l'*Histoire romaine* de Mommsen (= *Hist. rom.*), pour laquelle nos renvois se rapportent à la traduction donnée des trois premiers volumes de l'ouvrage original par M. Alexandre (8 vol. in-8°, 1863-1873) et du cinquième par MM. Cagnat et Toutain (3 vol. in-8°, 1887-1889), ou des publications des différentes sociétés savantes (ainsi par exemple des *Comptes-rendus* et des *Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres* = *C. R.*, *Mém. Ac. Inscr.*), ou de recueils d'érudition tels que le *Dictionnaire d'antiquités grecques et romaines* de Daremberg et Saglio, in-4°, Paris, 1872-1917, et la *Realencyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft* de Pauly, tome 1, 2e éd., 1866, tomes 2-6, 1844-1852, 6 vol. in-8°, dont une nouvelle édition dirigée par M. Wissowa, et depuis 1910 par M. Kroll (= Pauly-Wissowa) a commencé à paraître en 1892.

2. Le droit romain envisagé dans son développement historique ne peut être isolé du droit des autres peuples de pareille origine, ni même, si l'on considère les institutions juridiques comme autre chose qu'un phénomène accidentel, de ce droit universel dont l'histoire constitue ce qu'on appelle l'histoire du droit comparé. Nous avons relevé sur les points principaux les termes de comparaison fournis par les institutions, non pas seulement des Indo-Européens ou, comme on a fait plus d'une fois, de certains Indo-Européens, mais de tous les peuples, en tenant compte à la fois des travaux d'ordre général et de ceux relatifs à des législations particulières.

Tant pour l'histoire générale du droit que pour celle plus étroite des peuples indo-européens, nous avons surtout cité les travaux de R. Dareste, rassemblés en partie dans ses *Etudes d'histoire du droit*, 1889, et ses *Nouvelles études d'histoire du droit*, 2 vol., 1902.1906 ; ceux d'A. H. Post, dont une dernière expression commode a été fournie par son *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 2 vol. in-18, 1894-1895 (trad. italienne par Bonfante et Longo, Milan, 1906-1908), et divers articles de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (= *Z. f. vergl. R. W.*), 1878 et ss. Nous avons également signalé, aux lieux où il convenait, les travaux de Sumner Maine (*L'ancien droit*, 1873 ; *Etudes sur les Institutions primitives*, 1880 ; *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, 1884) et le livre de Fustel de Coulanges sur la *Cité antique*, in-18, 24e éd., 1917.

Quant aux diverses législations concrètes, nous avons principalement recouru, pour l'histoire du droit grec, à MM. Dareste, Haussoullier, Th.

Reinach, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, I, 1891-1894. II, 1898 et ss. (= Dareste, Haussoullier, Reinach, *Inscr. juridiques grecques*), et à M. Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, 4 vol., 1897 ; pour l'histoire du droit babylonien, au Code de Hammourabi (éd. V. Scheil, *Délégation de Perse*, *Mémoires publiés sous la direction* de M. G. de Morgan, IV, 1902, in-4° ; éd. portative 1904, in-18 ; nouveaux fragments, mêmes *Mémoires*, X, 1908, pp. 81-84. *Revue d'Assyriologie*, XIII, 1916, pp. 49-52. *Mém. Ac. Inscr.*, XLI, 1917, pp. 245-246) et à la littérature abondante qui s'y rattache ; pour l'histoire du droit égyptien, aux travaux de M. Revillout (*Les obligations en droit égyptien*, 1886 ; *La propriété, ses démembrements, et la possession en droit égyptien*, 1897, *Précis du droit égyptien*, 1899-1903, etc.) ; pour celle du droit celtique, à ceux de M. d'Arbois de Jubainville et en particulier à son *Cours de droit celtique*, 2 vol. in-8°, Paris, 1875 ; pour l'histoire du droit germanique, à H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 2e éd., 1906, II, 1892 (= Brunner, *Deutsche Rechtsgesch.*) et pour l'histoire du droit français, aux ouvrages d'Esmein (*Cours élémentaire d'histoire du droit français*, in-8°, 11e éd., 1912 = Esmein, *Cours élémentaire*), Viollet (*Histoire du droit civil français*, in-8°, 3e éd., 1905 = Viollet, *Hist. du droit français*) et Brissaud (*Manuel d'histoire du droit français*, 2 vol. in-8°, 1898-1904 = Brissaud, *Manuel*).

MANUEL ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LE DROIT ROMAIN. — DÉFINITIONS. — DIVISIONS. INTÉRÊT DE SON ÉTUDE. — PLAN.

Le droit (*jus*) est, en prenant le mot dans son sens le plus positif et le plus technique, l'ensemble des règles, imposées par une contrainte extérieure, qui régissent les rapports des hommes entre eux [1]. Les Romains l'ont distingué plus rapidement que beaucoup d'autres peuples de la loi religieuse relative aux rapports des hommes avec leurs dieux (*fas*) [2] et ils ont aussi parfaitement aperçu la démarcation qui le sépare de la morale, dont les règles, considérées comme n'intéressant pas l'utilité publique, sont obligatoires seulement devant la conscience et peuvent être enfreintes sans répression [3]. Cependant la distinction du droit et de la morale, qui est délicate à faire, en théorie, de tous les temps, a dû, dans la pratique, se dessiner d'autant moins nettement, à l'époque ancienne de Rome, que la législation y était plus exclusivement coutumière, et, même chez les Romains, il y a forcément eu un mélange entre le droit et la religion, tant que les pouvoirs politiques et religieux sont restés réunis dans les mêmes mains.

C'est sans doute en grande partie par l'influence traditionnelle de

1. Ce serait même le sens étymologique du mot *jus*, si on y reconnaissait l'expression d'une idée de lien, avec une étymologie proposée par Pott et admise par de Ihering, *Espr. du Dr. rom.*, 1, p. 119. Mais voir en sens contraire Michel Bréal, *N. R. H.*, 1883, p. 605, et Schmidt, chez Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 352, n. 4. Cf. sur la signification du mot voisin *lex*, le dernier auteur, 6, 1, p. 351, n. 2, et en sens opposé, Bréal, p. 610.

2. Non seulement le *fas* est opposé au *jus*, au point de vue doctrinal, mais, au point de vue matériel, les infractions au *fas* ne sont pas en général réprimées par l'autorité publique. V. sur les délits religieux, Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 56, et ss. ; *Droit pénal romain*, 1907, 1, pp. 39-40.

3. Paul, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 144 : *Non omne quod licet honestum est.*

ce passé qu'il faut expliquer la confusion presque constante faite des trois domaines dans les définitions et les préceptes généraux dont les jurisconsultes récents ont fait le préambule habituel de leurs exposés de la science juridique : leur énumération des préceptes du droit commençant par le devoir de vivre selon l'honneur, leur définition du droit lui-même comme l'art du bien et de l'équité, leur définition de la science du droit englobant à la fois les choses divines et humaines [1]. Il n'est guère permis d'ignorer ces formules devenues proverbiales ; mais leur principal mérite reste peut-être de nous rappeler au prix de quels tâtonnements les Romains eux-mêmes sont parvenus à la notion scientifique d'un droit indépendant de la religion et distinct de la morale. Nous nous contentons de les signaler sans leur attribuer une valeur qu'elles n'ont pas.

Les mêmes recueils qui nous ont transmis ce matériel de définitions et de maximes nous ont conservé plusieurs divisions des matières du droit qu'il est encore plus important de connaître. Les principales sont la division en droit civil, droit des gens et droit naturel, celle en droit écrit et en droit non écrit et celle en droit public et en droit privé.

Le droit civil (*jus civile*) est celui qui est propre à chaque État et qui ne s'applique qu'à ses citoyens, à Rome le droit duquel les citoyens romains seuls peuvent se prévaloir [2]. Le droit des gens (*jus gentium*) est, au sens le plus précis, le droit qui s'applique, dans l'État romain, à la fois aux citoyens et aux étrangers ; on y voit aussi, dans un sens plus vague, le droit qui, se retrouvant identique chez tous les peuples, serait, par suite, commun à tous les hommes [3]. Quant au troisième terme (*jus naturae, naturale*) ajouté seulement par certains, c'est, pour les uns, un droit idéal, un peu voisin du droit commun à tous les hommes désigné ailleurs du nom de droit des gens [4] ; c'est, pour d'autres, un droit qui serait commun à tous les êtres animés comme le droit des

1. Préceptes du droit, Ulpien, *D.*, 1, 1, *De j. et j.*, 10, 1 = *Inst.*, 1, 1, *De j. et j.*, 3 : *Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Définition du droit, Celse cité par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Jus est ars aequi et boni*. Définition de la science du droit, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 2 = *Inst.*, *h. t.*, 1 : *Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*. — La définition de la justice, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10 *pr.* = *Inst.*, *h. t.*, *pr.* : *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* est seule tout à fait pure de ces alliages.

2. Gaius, 1, 1 = *Inst.*, 1, 2, *De j. nat. et gent.*, 1 : *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est civitatis vocaturque jus civile quasi jus proprium civitatis*. V. sur une autre acception plus étroite du terme *jus civile*, la p. 43, n. 1.

3. Gaius, 1, 1 = *Inst.*, 1, 2, *De j. nat. et gent.*, 1 : *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium*. Cf. Cicéron, *De off.*, 3, 5, 23. C'est au contraire au *jus gentium* au sens technique que se rapporte la distinction citée là, 3, 17, 69, comme faite par les *majores* entre le *jus civile* et le *jus gentium*.

4. Cicéron, *De leg.*, 2, 4, 8. *Inst.*, 1, 2, *De j. nat.*, 11, etc.

gens à tous les hommes et le droit civil à tous les citoyens [1]. Dans sa forme la plus scientifique et la plus pure, la division restreinte à ses deux premiers termes correspond à la distinction des règles les plus anciennes, faites pour les seuls citoyens, et des règles, à notre avis plus récentes, faites ensuite pour les rapports des citoyens et des étrangers admis à bénéficier de la protection des lois romaines [2].

Le droit écrit (*jus scriptum*) et le droit non écrit (*jus non scriptum*) [3] diffèrent par le mode de formation et non pas, comme on pourrait penser, par le fait matériel de l'écriture. Le *jus scriptum* est celui qui est produit par un des pouvoirs publics investis d'un rôle législatif et qui normalement sera rédigé par écrit; le *jus non scriptum* est celui que l'usage produit insensiblement et qui par suite se forme sans écriture, mais qui naturellement ne changerait pas de caractère parce qu'il ferait

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 3 = *Inst.*, 1, 2, *De j. nat.*, *pr.* : *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit : nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium... commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio.* Cette idée d'Ulpien, qui a été fort malmenée sur le terrain du droit rationnel, et que l'on a même soutenu lui avoir été attribuée par une interpolation (Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 1, 1906, p. 66, n. 1 ; en sens contraire, C. Longo, *Rendiconti dell'Ist. Lombardo*, Milan, 1907, pp. 632-640) est, selon la remarque de M. Schulin, *Lehrbuch*, p. 80, déjà chez le vieil Homère et chez les philosophes grecs, et elle n'est pas déraisonnable sur le terrain de l'histoire du droit. C'est exactement par le même raisonnement qu'on a défendu de nos jours l'existence du mariage au début de l'humanité en invoquant les mœurs des animaux supérieurs (v. par exemple Westermack, *Origine du mariage dans l'espèce humaine*, 1895, pp. 10 et s., 40 et s.).

2. V. sur cette distinction, Krueger, *Sources*, §§ 6. 17. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, § 18. Pernice, *Z. S. St.*, 20, 1899, pp. 138-142. Des énumérations des institutions du droit des gens sont données par Krueger, p. 56 et ss., par Pernice, *Gesch. und Quell.*, p. 102, et par Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 222, n. 1. Dans plus d'un cas, la difficulté est de savoir si les textes qui attribuent une institution au *jus gentium* le font au sens technique, pour dire qu'elle est accessible aux non-citoyens, ou au sens vague, pour dire qu'elle existe partout. Les *Inst.* disent, par ex., 1. 3, *De j. pers.*, 2, que l'esclavage est du droit des gens, tandis qu'il ne paraît guère douteux que la *dominica potestas* soit propre aux citoyens. — Il y a, croyons-nous, à tout le moins beaucoup d'exagération dans l'idée selon laquelle le droit des gens serait une sorte d'importation faite à Rome, après la seconde guerre punique notamment, du droit des peuples non-latins les plus importants avec lesquels les Romains se seraient trouvés alors en relations, c'est-à-dire des populations helléniques de la Grande-Grèce, de la Sicile ou de plus loin encore (Gide, *Condition privée de la femme*, 2e éd., 1885, p. 127 et ss.). Selon la juste observation de Pernice, les institutions réellement grecques du droit commercial ne se sont greffées que péniblement sur les institutions du droit des gens, qui avaient donc été établies avant elles, en dehors d'elles : le *nauticum faenus* sur le *mutuum*, la *lex Rhodia de jactu* sur le louage, l'hypothèque, si elle vient de la Grèce, sur le gage. Les institutions du droit des gens se sont plutôt développées d'une manière indépendante dans le sein de l'Etat romain, par suite de la juxtaposition des citoyens romains et des sujets étrangers, surtout, à notre sens, depuis la loi Aebutia, et à peu près exclusivement en matière de droit du patrimoine.

3. Ulpien, *D.*, 1, 1, *De j. et j.*, 6, 1 = *Inst.*, 1, 2, *De j. nat.*, 3. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 20, 1899, pp. 162-171.

l'objet d'une rédaction privée. La distinction a d'ailleurs peu d'intérêt pratique.

Une distinction plus intéressante, dont le mérite revient aux jurisconsultes romains et qui se retrouve en droit moderne, est celle du droit public (*jus publicum*), qui régit l'organisation des pouvoirs publics et les rapports des particuliers avec l'État, et du droit privé (*jus privatum*), régissant les rapports des particuliers entre eux [1]. Cette division est d'autant plus indispensable à retenir que des habitudes séculaires restreignent l'enseignement ordinaire du droit romain au droit privé, en y joignant seulement quelques matières qu'une classification rigoureuse ferait aujourd'hui attribuer au droit public, comme par exemple l'organisation judiciaire et la procédure civile, en y comprenant aussi d'autres matières qu'une évolution déjà commencée à Rome a fait passer du droit privé dans le droit public, le droit pénal et la procédure criminelle, qui sont du droit privé, tant que la répression du délit concerne la victime, qui sont du droit public quand elle concerne l'État et qui, par conséquent, appartiennent au droit privé romain dans la mesure où elles ont été envisagées à Rome du premier point de vue.

Mais, son cadre ainsi déterminé, l'étude du droit privé romain soulève une question que ne soulèverait pas l'étude d'un droit en vigueur, faite en vue d'une application pratique immédiate : celle de son utilité [2]. Pour répondre à cette question, on assigne aux études de droit romain trois intérêts principaux sur lesquels nous devons d'autant plus nous expliquer qu'ils sont, à notre sens, de très inégale importance.

1. Un terrain sur lequel on a beaucoup soutenu et l'on défend encore aujourd'hui volontiers le droit romain est celui de l'utilité professionnelle directe dont il serait pour les hommes de loi, des matériaux qu'il fournirait pour l'intelligence positive des lois modernes. Nos Codes actuels sont le produit d'une fusion entre le système des pays de droit écrit qui suivaient le droit romain et celui des pays de coutume où le droit romain était tout au moins admis comme droit supplétoire. Il est donc, en conclut-on, impossible de les bien comprendre si on n'a pas une notion suffisante du droit dont ils dérivent à la fois par les deux canaux [3]. Mais nous ne croyons pas cette raison décisive. Ce qu'elle

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 2 = *Inst.*, 1, 1, *De j. et j.*, 4 : *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet.* Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 140 et ss.

2. V. outre les principaux traités de droit romain, Rivier, *Introduction*, p. 1 et ss., les articles de MM. Appleton, Esmein, Jobbé-Duval, dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1891, 1, p. 252 et ss., 1902, 2, p. 288 et ss., et 1904, 1, p. 196 et ss. ; R. Leonhard, *Stimmen des Auslands ueber die Zukunft der Rechtswissenschaft*, 1906 ; G. Cornil, *Les codes modernes et le droit romain*, 1912 ; Girard, *N. R. H.*, 1912, pp. 557-572.

3. C'est l'idée des auteurs du Code et de ses premiers commentateurs (v. les citations du tribun Gary, de Portalis et de Merlin, dans Rivier, pp. 12 et 13), et

amènerait à étudier, ce ne serait pas le droit romain vrai, tel que la critique moderne peut chercher à le dégager de l'ensemble des documents qui nous sont parvenus, ce serait le droit romain tel qu'il était entendu par nos anciens auteurs ; car il est certain par exemple que, quand Pothier a mal compris une théorie romaine, ce n'est pas la théorie véritable de Rome, mais le contre-sens de Pothier qui a passé dans le Code. Une étude ainsi conduite pourrait être féconde en résultats pour l'intelligence des origines de nos lois positives. Elle n'aurait presque rien de commun avec l'étude scientifique de la législation romaine.

2. On a soutenu plus justement que l'étude du droit romain présente pour les jurisconsultes modernes une utilité pratique moins directe, mais cependant toujours rigoureusement pratique, non pas en ce qu'elle ferait immédiatement connaître les lois actuelles, mais en ce qu'en perfectionnant l'intelligence juridique, elle permettrait de mieux entendre ces lois et des lois quelconques. L'analyse des discussions des jurisconsultes romains est, dit-on, une excellente école de raisonnement juridique non pas seulement à cause de la vigueur d'esprit des controversistes, mais par cette raison même que les controverses portent sur des points de droit pour la plupart étrangers à notre milieu ordinaire. L'esprit qui s'est rompu au maniement de ces argumentations arides dominera avec une aisance singulière les difficultés concrètes relativement simples des droits modernes. Les études de droit romain ont, dit-on, par là dans l'instruction juridique les vertus mêmes qu'a l'étude des langues anciennes dans toute instruction un peu élevée. Et certainement ces considérations ont une grande valeur. Il n'y a pas d'exercice dialectique, si stérile qu'il soit, qui n'aiguise et n'affine l'intelligence. Or aucun droit n'est plus propre à un pareil travail d'entraînement intellectuel que le droit romain, qui, non pas du tout par suite du génie miraculeux des jurisconsultes, mais à raison de circonstances diverses tenant à son histoire générale, au système de procédure de la République et des premiers siècles de l'Empire, à certaines qualités et à certains défauts de l'esprit romain, se trouve être, au point de vue de la pure technique, le monument le plus parfait de dialectique juridique qu'on puisse rencontrer.

3. Ce n'est pourtant pas encore là que réside pour nous le mérite primordial et décisif des études de droit romain. Elles sont avant tout un incomparable instrument d'éducation historique. Les lois diffèrent selon le temps et les lieux. En matière de droit comme en matière d'art, de littérature, de religion, chaque nation, chaque époque a son caractère ; mais le niveau juridique atteint par un peuple à un moment de sa vie

c'est aussi elle qui a fait, au commencement du siècle, placer le droit romain dans les programmes de l'enseignement du droit (loi du 22 ventôse an XII, art. 2, instituant l'enseignement du droit romain dans ses rapports avec le droit français).

n'est pas plus que son niveau religieux, littéraire ou artistique l'effet d'un pur hasard. C'est le produit d'un développement historique. Les recherches relatives aux éléments de ce développement, aux conditions dans lesquelles se constituent et se transforment les institutions juridiques sont la branche la plus délicate et la plus haute de l'activité du jurisconsulte. Et, au moins à l'heure présente [1], il n'y a pas de législation qui offre à ces recherches un champ plus favorable que la législation romaine. Le droit romain occupe, sous ce rapport, une place à part qu'il doit sans doute à sa valeur doctrinale intrinsèque, qu'il doit aussi à l'abondance de documents de toute sorte qui permet d'en aborder toujours l'examen par quelque nouveau côté, qu'il doit encore à la somme énorme de travail qu'y ont incorporée depuis des siècles des générations de commentateurs, mais qu'il doit peut-être plus qu'à tout le reste à l'ampleur de la période sur laquelle il s'étend. L'histoire du droit romain va de la fondation de Rome, placée par la chronologie traditionnelle au VIII[e] siècle avant Jésus-Christ, jusqu'à la mort de Justinien, au VI[e] siècle de l'ère chrétienne, et dans cet intervalle elle embrasse une évolution qui commence presque aux débuts de la vie sociale pour s'arrêter au déclin d'une civilisation vieillie. Il n'y a donc pas de terrain sur lequel on puisse mieux observer comment les lois naissent, comment elles vivent et comment elles meurent. Il n'y a pas d'enseignement qui puisse mieux empêcher de considérer le droit d'un moment historique soit, ainsi que c'est le défaut des esprits purement logiques, étrangers au mécanisme de la vie sociale, comme un accident artificiel et arbitraire à la merci des caprices du législateur, soit, ainsi que c'est plutôt le défaut des simples praticiens, comme une œuvre immuable et éternelle. Il n'y en a pas qui puisse plus sûrement former non pas seulement des hommes de métier aptes à interpréter correctement un texte concret, mais des hommes de science capables de remonter de ce texte à sa raison première, à même de discerner d'un œil sûr les parties saines et les éléments morbides d'une législation, ses garanties de durée et ses chances de transformation [2].

1. La même fonction pourrait, semble-t-il, en raison, être remplie, d'une manière encore plus complète et plus élevée, par une histoire universelle du droit comparé. Mais, sans parler de l'utilité que garderait encore, à côté d'une vue d'ensemble forcément un peu sommaire, l'examen plus complet d'une législation déterminée du passé, il faut bien avouer que cette histoire générale du droit comparé, qui serait du plus haut intérêt et qui, nous l'espérons, finira par exister, n'existe pas encore. L'établissement en présente des difficultés énormes, et, bien qu'on y travaille aujourd'hui avec beaucoup plus de zèle et des procédés infiniment plus scientifiques que dans le passé, quoiqu'on ait déjà rassemblé d'excellents matériaux et obtenu de premiers résultats parfaitement établis, il faudra sans doute encore pour son achèvement les efforts de générations de savants.

2. Nous signalons seulement, non pas comme plus douteuse, mais comme concernant un cercle plus étroit de personnes, la nécessité dont est la connaissance exacte du droit romain pour une intelligence parfaite : 1° de l'histoire romaine, à laquelle plus qu'à aucune autre peut-être le droit se mêle constamment non seulement comme droit public, mais même comme droit privé ; 2° de la littérature latine, aussi bien des polygraphes, des rhéteurs comme Valère Maxime, Aulu-

Cette conception détermine la méthode selon laquelle nous exposerons ici les principes du droit romain. Nous ne nous ferons pas faute de noter à l'occasion les liens qui y rattachent nos dispositions modernes. Nous n'aurons garde de négliger les controverses doctrinales des jurisconsultes de la période la plus brillante, non pas seulement à cause de la vertu éducatrice qu'on attribue à leur étude et que nous lui reconnaissons, mais en outre parce que l'analyse minutieuse des textes est la condition première essentielle de toute recherche historique sérieuse. Seulement cela ne nous fera pas oublier que notre but principal est de retracer la vie même des institutions romaines sans nous attacher exclusivement à aucune période, sans en écarter davantage aucune.

Quant au plan de notre exposition, le plus court des recueils de Justinien, le manuel composé par son ordre pour les étudiants sous le titre traditionnel d'*institutiones*, distribue ses matières suivant une disposition tripartite empruntée au contemporain des Antonins, Gaius, qui l'avait lui-même certainement trouvée chez un jurisconsulte plus ancien [1]. Après avoir donné quelques indications sur les sources, les définitions et les divisions du droit, il pose en principe que tout le droit se ramène au droit des personnes, au droit des choses et au droit des actions [2], c'est-à-dire qu'un droit quelconque suppose trois éléments : une personne qui en est le *sujet*, qui l'exerce ; une chose qui en est l'*objet*, sur laquelle il porte ; une action qui en est la *sanction*, à l'aide de laquelle on le fait reconnaître et protéger en cas de contestation. Et en conséquence il étudie successivement avec des subdivisions plus ou moins heureuses : pour le droit des personnes, la liberté, la cité, la famille, la tutelle et la curatelle, en somme ce qu'on appelle aujourd'hui la capacité de droit et la capacité de fait ; pour les choses, les différents droits dont elles peuvent être l'objet, à savoir les droits réels et les droits personnels, en intercalant assez maladroitement entre les premiers et les seconds la théorie de la transmission universelle à cause de mort qui s'applique également aux deux ; à propos des actions, les voies de procédure par lesquelles on peut faire valoir judiciairement les différents droits.

Cette division, qui a eu une très grande fortune dans l'enseignement et dans la doctrine, qui est encore dans les lois françaises, où le Code

Gelle, Quintilien, ou des poètes comme Horace, Plaute, que des orateurs judiciaires comme Cicéron dont certains plaidoyers (*Pro Roscio comoedo*, *Pro Caecina*, *Pro Quinctio*, par exemple) roulent tout entiers sur des points de droit privé et ont été parfois soigneusement traduits de la première ligne à la dernière par des personnes qui n'avaient pas compris un mot de leur sujet.

1. La preuve en est que Gaius ne comprend déjà plus tous les détails du plan. V. nos *Textes*, p. 222. L'éd. des *regulae Ulpiani* de Boecking, 1855, p. 192 et ss., donne un tableau détaillé de ce plan, reproduit par MM. Seckel et Kuebler dans la 6e éd. de Huschke, 1, 1908, pp. 397-406.

2. Gaius, 1, 8 = *Inst.*, 1, 2, *De j. nat.*, 12 : *Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.*

civil correspond au droit des personnes et au droit des choses et le Code de procédure, au droit des actions, a été de nos jours très fortement critiquée non seulement dans le détail de ses subdivisions qui est injustifiable, mais dans son principe même et elle a été abandonnée pour des plans bien autrement savants par plusieurs interprètes modernes. Il y a pourtant, croyons-nous, de sérieux avantages didactiques à la conserver dans sa vieille forme romaine.

Nous la prendrons donc comme base, mais seulement comme base, en écartant toutes les incorrections accessoires qui se greffent sur elle. Ainsi le plan de Justinien étudie les successions entre les droits réels et les obligations, au lieu d'analyser tous les éléments du patrimoine avant de passer à sa transmission. Ainsi il place dans le droit des actions non seulement les règles de procédure proprement dites, mais les règles de fond relatives à la sanction des divers droits, qui seraient mieux à leur place à la fin de la théorie de chaque droit. Ainsi encore il présente, par exemple, la théorie de la mort civile produite par la perte de la liberté, de la cité ou de la famille, comme un incident de la tutelle, au lieu d'en faire le complément des théories de la cité, de la liberté et de la famille. Nous ferons abstraction de toutes ces gaucheries d'exposition pour suivre partout la méthode d'explication qui nous semblera la plus rationnelle; mais nous respecterons le principe de la division classique, en affectant un livre au droit des personnes, un autre au droit du patrimoine et un autre à la procédure. Nous ferons en outre précéder ces trois livres d'un livre préliminaire consacré à une esquisse générale de l'histoire des institutions romaines dans leurs rapports avec la formation du droit privé. A la vérité, une partie des notions qui seront présentées dans cette introduction, les notions relatives à ce qu'on appelait autrefois du nom un peu démodé d'Histoire externe du droit romain, c'est-à-dire aux différentes sources légales dont le droit romain est sorti aux diverses époques et aux monuments produits par chacune, rentrent, au sens rigoureux, dans des disciplines distinctes : l'étude des organes générateurs du droit dans le Droit public, celle des monuments dans ce qu'on désigne aujourd'hui, en prenant le mot sources dans un sens différent, du nom d'Histoire des sources. Mais nous ne croyons pas avoir besoin de nous excuser, par l'exemple des Institutes, d'en donner ici un aperçu d'ensemble. Il serait naturellement impossible d'étudier le droit privé sans savoir dans quels documents il nous est rapporté; il serait presque aussi singulier de l'étudier sans savoir par quels organes constitutionnels il a été créé. De plus, nous entendrons cette introduction assez largement pour y comprendre quelques indications sur le fonctionnement des pouvoirs publics, sur les systèmes de procédure et sur l'évolution générale du droit qui serviront ensuite à faire mieux pénétrer chaque institution isolée, à permettre de mieux rattacher les détails à l'ensemble.

LIVRE PREMIER

INTRODUCTION HISTORIQUE

CHAPITRE I. — LA ROYAUTÉ.

SECTION I. — La royauté primitive. La cité patricienne.

§ 1. — Institutions de l'époque royale [1].

L'histoire romaine commence à la période royale. Assurément les populations qui fondèrent Rome avaient alors déjà derrière elles un long passé [2] et leur régime politique n'est, comme leurs autres institutions civiles ou religieuses, que le résultat d'une lente évolution [3].

Mais la phase de la royauté est la plus reculée à laquelle remonte l'histoire politique de Rome. Encore cette histoire n'est-elle, en grande partie, qu'un amas de formations légendaires ou même encore plus de falsifications conscientes, dans lequel il n'y a peut-être de vrai que de rares noms propres et la vague réminiscence de quelques faits matériels [4]. Il y a certainement eu, à Rome, une période royale : la meilleure preuve

1. Girard, *Organisation judiciaire des Romains*, 1, 1901, pp. 1-45. Mommsen, *Hist. rom.*, livre 1, chapitres 4 et 5. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, §§ 4-10. P. Bonfante, *Storia*, pp. 7-101. Niese, *Grundriss*, pp. 32-44 et les auteurs cités.

2. Cf. Helbig, *Die Italiker in der Poebene*, 1879, et l'analyse de G. Perrot, *Journ. des savants*, 1880, pp. 434-442. 476-484. 530-539 ; R. de Ihering, *Les Indo-Européens avant l'histoire*, 1895 ; Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 6-9 ; B. Modestov, *Introduction à l'histoire romaine*, tr. fr., Paris, 1907, et le résumé critique de l'ouvrage original par Salomon Reinach, *Anthropologie*, 1902, pp. 371-376 ; P. Bonfante, *Storia*, pp. 7-65, et tout récemment les études de Tito Giorgi sur l'origine des Indo-Européens, *R. d'Italia*, 17, 1914, pp. 562-592 et sur leurs institutions, *R. italiana per le sc. giur.*, 55, 1914, pp. 3-34.

3. V. sur les groupements politiques des populations indo-européennes avant leur séparation, Schrader, *Sprachvergleichung und Urgeschichte*, 3e éd., 2, 1907, pp. 370-392, et sur des rapports possibles de la migration et du développement du pouvoir royal, de Ihering, p. 368 et ss.

4. V. Mommsen, *Hist. rom.*, livre 2, chapitre 9. Schwegler, *Römische Geschichte*, 1, 1853, a donné une analyse critique détaillée et encore très utile des divers matériaux dont se compose la prétendue histoire de l'époque royale. La dissertation de Mommsen sur la légende de Remus, *Gesammelte Schriften*, 4, 1906, pp. 1-21, montre par un exemple singulièrement frappant les procédés de travail des auteurs de cette histoire.

en est dans des institutions de la République explicables uniquement comme survivances, telles que sont par exemple le *rex sacrorum* et l'*interrex* [1]. Seulement c'est à peine si l'on peut discerner ses caractères les plus généraux à travers une tradition impure et récente, faite pour une bonne part de conclusions tirées du présent au passé.

La Rome royale paraît avoir été d'abord une assez modeste agglomération de cultivateurs et de propriétaires de troupeaux, groupés à l'extrémité du Latium, à quelques kilomètres de l'embouchure du Tibre, autour d'un refuge fortifié (*Roma quadrata*), sur un territoire d'étendue et de fertilité médiocres. Ses habitants ne se distinguent pas du reste des populations de race indo-européenne installées dans les régions avoisinantes de la rive gauche du Tibre. On a, surtout jadis, construit beaucoup de théories sur les trois tribus — *Tities* ou *Titienses*, *Ramnes* ou *Ramnenses*, et *Luceres* [2], — dont la fusion a constitué la cité, en voulant y voir des groupes ethniques opposés et même parfois en répartissant entre eux par le menu la paternité des diverses institutions. Mais, quoiqu'il ait pu y avoir, à l'origine ou après coup, une certaine incorporation d'éléments étrangers et une certaine action d'influences étrangères, en particulier à raison d'une prépondérance temporaire des Etrusques à Rome et dans le Latium [3], la cité romaine présente, dès le principe, une unité très grande. Elle ne diffère sensiblement des autres cités latines, ni par le niveau économique, ni par les institutions privées, ni par le régime politique.

Quant aux conditions économiques, les premiers Romains vivent principalement de la culture du sol et de l'élevage du bétail. Au moment de la fondation de leur ville, ils ont dépassé la phase sociologique où l'homme primitif, n'ayant ni terres cultivées, ni animaux domestiques, a pour moyen d'existence à peu près exclusif le produit hasardeux de sa chasse et de sa pêche ; ils ont aussi dépassé la phase plus récente, mais également antérieure à la séparation des différentes branches de la famille indo-européenne où, après la domestication des premiers animaux,

1. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 2.

2. On a présentement des raisons de croire que les trois noms sont d'origine étrusque. En tout cas, l'ordre dans lequel ils sont rapportés au texte, qui est leur ordre officiel d'énumération, est très peu favorable à l'idée ancienne, encore reprise dans une forme nouvelle par Schulin, *Lehrbuch*, §§ 3-5, selon laquelle les *Ramnes*, compagnons de Romulus, auraient constitué le noyau primitif, auquel se seraient plus tard ajoutés les *Tities* de Tatius, puis les *Luceres* conduits par exemple par un *lucumo* étrusque. Cf. sur cet ordre et sur des conjectures plus sérieuses, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 107 et ss.

3. Les marques de l'influence des Etrusques se rencontrent par exemple dans les modes d'arpentage et de prise des auspices, dans les insignes des magistrats et, sait-on depuis peu, dans une foule de noms propres, celles de leur domination, probablement dans les légendes de Servius Tullius et des Tarquins, certainement dans celle de Porsenna.

les hommes ont mené la vie pastorale [1]. Ils exercent le rude métier d'agriculteurs, sans doute appris par leurs ancêtres sous le coup des nécessités matérielles [2]. Il est infiniment plus douteux qu'ils connaissent déjà la propriété individuelle du sol. La tradition représente chaque chef de famille comme ayant reçu de Romulus ou de Numa deux arpents de terre sur lesquels il a sa demeure et son verger. Mais cette tradition est précisément la preuve qu'à côté de ce coin de terre, insuffisant à nourrir le citoyen et sa famille, l'ensemble non seulement des pâturages, mais des terres arables devait être la propriété commune d'un groupe quelconque plus large.

Au point de vue privé, les premiers Romains vivent comme beaucoup de populations pastorales et comme certaines populations agricoles, sous le régime patriarcal. A la tête de chaque maison, il y a un patriarche, un *paterfamilias* dont l'autorité absolue, limitée seulement par la coutume et l'opinion, s'étend pareillement sur tout ce qui dépend de la maison, hommes et choses, qui seul aussi représente la maison en face du dehors, soit pour les rares actes de commerce nécessaires dans cette période où chaque famille se suffit normalement à elle-même, soit pour les contestations provoquées par la conduite de ses membres envers les tiers ou celle des tiers envers eux. Il est dans sa maison, a-t-on dit, en des termes caractéristiques empruntés aux catégories des âges plus récents, à la fois le propriétaire, le juge et le prêtre. Il est seul propriétaire non seulement des produits du travail de ses esclaves, de sa femme et de ses enfants, mais rigoureusement de tout, y compris la femme et les enfants qu'il peut vendre aussi bien que les bestiaux et les esclaves. Il est le prêtre qui s'occupe de l'entretien du culte domestique, des sacrifices aux ancêtres. Il est le juge, sinon en matière civile, où il n'y a pas de droits distincts ni par conséquent de procès possibles entre les personnes de la maison, au moins en matière pénale, où il peut infliger toutes les peines jusqu'à la mort non seulement aux esclaves, mais à la femme, aux enfants : l'usage l'astreint, dans les deux derniers cas, à prendre l'avis d'un conseil composé de proches, mais il n'est pas obligé de suivre cet avis. En résumé, il a une autorité absolue, identique, sur tout ce qui rentre dans la sphère de son action : sur les meubles morts, sur les meubles vifs tels que les animaux domestiques et les esclaves, sur la femme, sur les enfants, auxquels il faut même ajouter, dans une énumération un peu complète, comme étant également sous sa puissance inséparable de sa protection, ses hôtes (*hos-*

1. V. Schrader, *op. cit.*, 2, p. 152 et ss. et le résumé de S. Reinach, dans Bertrand, *La Gaule avant les Gaulois*, 1891, p. 816.
2. Schrader, 2, pp. 201-221. S. Reinach, pp. 316-317. De Ihering, p. 22 et ss. Les deux grandes branches européenne et asiatique de la famille indo-européenne paraissent aujourd'hui avoir connu dès avant leur séparation une certaine agriculture extensive ; mais leur vie était alors encore surtout pastorale.

pites), membres de cités étrangères de passage à Rome qui ne peuvent y avoir de sécurité qu'en se plaçant sous l'autorité d'un citoyen et qui se mettent sous la sienne à Rome comme il se mettra sous la leur en allant dans leur cité, et ses clients (*clientes*), fugitifs venus se mettre sous son égide ou esclaves affranchis par lui qui ne peuvent non plus avoir alors de sûreté qu'en restant sous la puissance d'un citoyen.

A s'en tenir aux esclaves, à la femme et aux enfants, il y a, dans les périodes plus récentes, un abîme entre le pouvoir du maître sur l'esclave, qu'on distingue lui-même de la propriété des choses (*dominium*) par le nom de *dominica potestas*, et le pouvoir sur les enfants (*patria potestas*) et celui sur la femme (*manus*). A l'origine, les distinctions durent être plus effacées, n'exister qu'en fait tant que vivait le *paterfamilias* dont, selon la forme la plus achevée du régime patriarcal, le pouvoir est à Rome viager.

La différence surgissait au contraire à la mort du *paterfamilias*, où ses enfants et sa femme devenaient *sui juris*, où ses descendants mâles devenaient des *patresfamilias*, tandis que les esclaves ne faisaient que changer de maîtres. Mais, comme dans les autres sociétés patriarcales, cette dissolution de la puissance ne rompait pas toute espèce de liens entre ceux qui y avaient été soumis. Ils restaient parents (*agnati*), après la disparition du chef, ce qui créait des droits de succession entre tous, ce qui créait des droits de tutelle au profit des mâles arrivés à l'âge d'hommes sur leurs jeunes frères, sur leurs sœurs et leurs mères. C'est la parenté agnatique qui, à chaque génération, s'élargissait sans se rompre de manière à comprendre tous ceux qui auraient été sous la puissance d'un même ancêtre encore vivant, c'est-à-dire en somme les parents par les mâles.

Enfin la société romaine primitive, comme la société latine dont elle est fille, comme les autres sociétés indo-européennes, comme d'autres sociétés patriarcales d'origine différente, nous présente une dernière sorte de liens privés : les liens de gentilité, qui sont des liens de parenté, véritable ou imaginaire, plus lointaine. Les agnats étaient ceux qui pouvaient prouver de génération en génération leur descendance d'un auteur commun, les gentils ceux qui, sans pouvoir la prouver, admettaient cette descendance attestée par leur communauté de nom et de culte domestique. La *gens*, produit naturel du régime patriarcal, est un groupe de personnes qui prétendent descendre d'un auteur commun. A l'époque historique, son intérêt se réduit à des charges religieuses et à des droits de tutelle et de succession. A l'origine, il fut sans doute plus considérable, probablement par exemple au point de vue de la jouissance des terres labourables qui peuvent avoir été la propriété collective de chaque *gens* avant d'avoir été soumises à la propriété individuelle [1].

1. Il est plus douteux que la *gens* ait jamais été reconnue dans l'intérieur de

La constitution politique de l'époque royale présente avec cette organisation de la famille une symétrie depuis longtemps remarquée. Elle se ramène à trois termes, dont les deux premiers ont leurs équivalents faciles à discerner dans la famille : le roi, le sénat et les comices [1].

Le roi (*rex*) [2], dont la fonction n'est certainement pas héréditaire, qui, selon les annalistes, aurait été élu par les comices sur la proposition d'un sénateur, de l'interroi (*interrex*), qui est plutôt choisi par l'interroi lui-même, est à la tête de la communauté romaine à peu près comme le *paterfamilias* à la tête de sa maison. Il a comme lui un pouvoir absolu et viager. Soit personnellement, soit par ses préposés, il dirige la cité comme lui sa maison. Il est le chef des citoyens, notamment des citoyens en armes, de l'armée, comme le père est le chef de sa famille. Il est chargé du culte de l'État comme lui du culte de sa maison. Enfin il est juge dans la cité comme lui dans sa maison, et l'on peut même remarquer que, si sa juridiction est à la fois civile et criminelle, c'est encore la juridiction criminelle qui pour lui se détache le mieux ; car, dans la seule forme de procédure paraissant remonter à cette époque, où il s'agisse réellement de faire trancher un différend, de faire juger un procès, dans la procédure du *sacramentum*, on n'arrive à saisir l'autorité publique, à la faire s'occuper de l'affaire que par un subterfuge : en transportant la question sur le terrain du droit pénal. Les deux parties prêtent serment de la vérité de leurs prétentions ; en sorte qu'il y a nécessairement, de la part de l'une au moins, un parjure, un péché et par conséquent un délit, à cette époque où la religion et le droit ne sont pas séparés, et que, pour savoir qui a encouru la peine, il faut au roi, chef de la religion et de la justice criminelle, chercher qui a raison. En somme, il a, au point de vue civil, religieux et militaire, une autorité très voisine de celle du *paterfamilias*, restreinte comme elle surtout par les mœurs.

Le second terme est le sénat, correspondant au conseil des proches dont le père de famille doit prendre l'avis dans les cas graves. Pour les affaires importantes, le roi ne doit pas prendre de résolution sans avoir demandé son avis au conseil des anciens, *senatus*, qu'on dit quelquefois avoir été composé primitivement des chefs des diverses *gentes*, qui nous est représenté dès le principe comme formé par lui, d'abord de cent, puis de trois cents membres. Il doit consulter les sénateurs comme

l'Etat romain comme une unité politique ayant son pouvoir exécutif organisé et prenant des délibérations en forme. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 17 et ss. Cf. en sens opposé Bonfante, *Storia*, pp. 70-92.

1. Il semblerait même naturel de voir là un emprunt pur et simple au régime patriarcal. Mais il faut remarquer que l'autorité royale et encore plus le conseil des anciens se rencontrent dans des milieux qui ne connaissent pas encore le régime patriarcal, basé sur la puissance du père, et où d'ailleurs les institutions privées ont pu déjà leur fournir des modèles.

2. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 2 et ss.

le père de famille les proches. Mais, pas plus que lui, il n'est obligé de suivre le conseil.

Le parallélisme cesse avec le troisième terme de la constitution, celui qui distingue la royauté romaine des royautés absolues purement copiées sur la puissance familiale : les comices (*comitia*), assemblée du peuple constituée par la totalité de ses membres mâles en état de porter les armes, sans distinction de père et de fils, mais à l'exclusion des clients. Les citoyens (*populus Romanus, quirites*) y sont répartis en trente curies, probablement à raison de dix curies par tribu (*Tities, Ramnes, Luceres*) [1], mais sans la subdivision de la curie en dix *gentes* que des interprètes ont déduite de quelques textes mal entendus. L'unité est la curie, qui n'est d'ailleurs pas seulement une division électorale, qui est aussi une division religieuse, militaire, administrative et qui ne semble même pas avoir été inventée pour le vote (car sans cela on eût donné aux curies un chiffre impair afin d'assurer la formation d'une majorité). Les comices par curies sont réunis par le roi, dans l'intérieur de la ville, en général au lieu appelé le *comitium* : au moment du vote, les citoyens se répartissent dans leurs curies respectives où ils votent par têtes pour exprimer le suffrage de la curie ; puis, les votes individuels des diverses curies ainsi obtenus, on fait le total, pour savoir dans quel sens s'est prononcée la majorité des curies. Les comices ne se réunissent que sur la convocation du roi, ils ne peuvent que répondre par oui ou non à son interrogation, sans droit d'initiative ni d'amendement et encore sauf ratification du sénat (*auctoritas patrum*). Ils sont néanmoins l'élément d'avenir de la constitution. C'est même en eux que réside déjà essentiellement la souveraineté. Le roi les consulte seulement quand il veut, seulement sur ce qu'il veut ; mais il ne peut sans leur assentiment rien changer aux institutions. Leur adhésion est nécessaire toutes les fois qu'il faut apporter une modification à l'ordre légal des choses ; c'est pour cela qu'on les voit intervenir quand il s'agit de remanier la constitution légale d'une famille (adrogation), de déroger à l'ordre légal des successions (testament *calatis comitiis*), de dispenser un condamné de subir sa peine (*provocatio ad populum*), de rompre un traité par une déclaration de guerre. Les comices ne peuvent prendre l'initiative d'aucun de ces actes ; mais seuls ils ont le pouvoir de les autoriser, germe de leur droit futur de commander [2].

1. Les trente curies paraissent bien, comme d'ailleurs les trois *tribuni militum*, les trois *tribuni celerum*, les trois pontifes, etc., un chiffre total produit par la réunion de trois cités, divisées, selon l'ancien système décimal latin, en dix parties. Un doublement postérieur des chiffres des fonctions militaires et religieuses fut probablement le résultat d'une nouvelle fusion, ordinairement rattachée à Tarquin, de la cité du Palatin avec la cité voisine du Quirinal. V. Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 2-5 et les renvois. Littérature plus récente dans J. Binder, *Die Plebs*, 1909, pp. 1-170.

2. L'évolution qui a conduit du droit d'adhésion des comices à leur droit de

§ 2. — Sources du droit. *Leges regiae* [1].

D'où est venu le droit de l'époque royale ? C'est, répond-on encore parfois en partant d'idées modernes, du vote des comices par curies. Le droit a, dit-on, alors sinon pour source exclusive, au moins pour source régulière et abondante les lois curiates, votées par le peuple sur la *rogatio regis* et ratifiées par l'*auctoritas patrum*, dont des débris importants nous ont été transmis sous le nom de *lege regiae* et dont un recueil fut fait, à la fin de la Royauté ou au début de la République, par un personnage nommé Papirius. Mais les trois points sont également faux : 1° le recueil attribué à Papirius est probablement une publication apocryphe de la fin de la République ou du temps d'Auguste ; 2° les *leges*, qu'on suppose nous avoir été transmises par lui et dans lesquelles le contemporain d'Hadrien Pomponius est d'ailleurs seul à voir des lois curiates, sont pour partie et même principalement des règles religieuses qui, dans les idées romaines, n'ont pu faire l'objet d'un vote populaire ; ce qui supprime pour toutes l'interprétation, du reste aventureuse, suggérée par le sens moderne du mot *leges* ; 3° enfin la meilleure preuve que les comices curiates n'ont pas voté ces lois relatives à la religion, au droit pénal, que les comices par curies n'ont jamais voté de lois abstraites générales, mais seulement les dérogations concrètes à l'état de choses établi citées plus haut (p. 14), est dans les témoignages parfaitement concordants selon lesquels il n'y avait pas de droit écrit avant les XII Tables.

Jusque-là et par conséquent durant toute notre période, le droit a été exclusivement non écrit, exclusivement coutumier (*jus non scriptum, mos majorum*). Comme font encore aujourd'hui certaines populations peu avancées en évolution, comme ont commencé par faire toutes celles qui ont depuis dépassé cette phase, les Romains de l'époque royale vivent sous l'empire de la coutume, d'usages formés par un travail anonyme inconscient et qu'ils ne pensent pas plus à modifier que des lois naturelles. Sur ce point encore il y a une tradition parfaitement établie, si bien établie que Pomponius lui-même qui admet des lois curiates de l'époque royale est obligé, pour les mettre d'accord avec la tradition sur le caractère coutumier du droit antérieur aux XII Tables, de supposer qu'elles auraient été abrogées après la chute de la royauté.

commander se reflète dans l'évolution parallèle du sens du mot *jubere* de la formule *velitis jubeatis quirites*, également arrivé du sens d'accepter à celui d'ordonner. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 355, n. 3 ; p. 353, n. 1.

1. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 2. 36. V. pour les sources et les renvois, *Textes*, p. 3 et ss.

SECTION II. — **Réforme servienne. — Cité patricio-plébéienne.**

L'histoire traditionnelle rattache à l'avant-dernier roi de la légende, à Servius Tullius, un remaniement de la constitution dont il faut dire quelques mots avant d'abandonner la période royale.

§ 1. — Les centuries serviennes [1].

Le peuple romain primitif avait pour seuls citoyens les membres des *gentes*, à côté desquels il n'y avait d'autres hommes libres que leurs clients, vivant sous leur protection, mais sans appartenir comme eux au peuple des curies. Il s'introduisit bientôt dans la cité un nouvel élément, des gens qui, tout en ne faisant pas partie du corps des anciens citoyens, n'étaient pas non plus sous la clientèle de ses membres, et qu'on appelle les plébéiens (*plebeii*) par opposition aux anciens citoyens, appelés les patriciens (*patres*, *patricii*). Les Anciens supposaient qu'ils auraient existé dès la fondation de Rome. On admet le plus souvent aujourd'hui que la plèbe s'est constituée progressivement, sous l'empire de causes discutées et peut-être multiples, d'après une opinion, de vaincus non réduits en esclavage qui, n'ayant pas de patron, n'avaient que le roi pour protecteur ; d'après d'autres, d'anciens clients qui n'avaient plus de patron par suite de la rupture du lien de clientèle, par exemple par suite de la mort du patron sans postérité. Et, de même que cela se produit aujourd'hui dans les villes industrielles où la population immigrante croît très rapidement en face des anciennes familles, les plébéiens et les clients en arrivèrent probablement assez vite à constituer, en face des *patres*, seuls associés à la vie publique et devenus une minorité aristocratique, une énorme majorité sans droits ni devoirs civiques.

La réforme attribuée à Servius et qui nous est décrite par les écrivains de la République d'après un tableau de la constitution servienne, dont la rédaction n'est probablement pas antérieure à la fin du Ve siècle [2], incorpora ces nouveaux éléments dans la cité, en leur accordant le droit de vote, mais probablement surtout dans le but de les soumettre à l'impôt et au service militaire. C'est en première ligne un remaniement de l'assiette commune de l'impôt et du service militaire, qui n'entraîna le remaniement du système électoral qu'en vertu du lien toujours admis à Rome entre le service militaire et le droit de vote.

La constitution servienne a pour bases les tribus (*tribus*), qui sont les

1. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 271. 305. 335. 435. 444. 446. 480 et ss. 4, p. 81 et ss. Cf. Huschke, *Die Verfassung des Servius Tullius*, 1838. Bruns-Lenel, §§ 6. 9. 13.

2. Cela résulte du système monétaire introduit seulement vers l'an 485, dans lequel nous sont donnés les chiffres, en particulier par Tite-Live, 1, 43, et Denys, 4, 16. 17. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 279 et ss.

divisions territoriales dans lesquelles chaque individu est propriétaire et dont le nombre a augmenté avec le développement de la propriété privée immobilière, et le *census*, recensement qui détermine les obligations de chacun comme contribuable et comme soldat, selon sa fortune, sans doute à l'origine uniquement selon sa fortune immobilière, convertie seulement beaucoup plus tard en fortune quelconque.

A s'en tenir au système militaire duquel résulte le système de vote, les citoyens, patriciens ou plébéiens, sont répartis, d'après l'armement exigé d'eux suivant leur fortune, en cinq classes, dont chacune renferme un nombre égal de centuries de *juniores*, âgés de moins de quarante-six ans accomplis, soumis au service de campagne, et de centuries de *seniores*, âgés de quarante-six ans révolus, soumis seulement au service de place, et qui comprennent : la première classe, ceux ayant, d'après l'évaluation récente, au moins 100.000 as, probablement, d'après l'ancienne évaluation en terres, au moins vingt arpents de terre, la seconde ceux ayant les 3/4, la troisième ceux ayant la 1/2, la quatrième ceux ayant le 1/4, la cinquième ceux ayant environ le 1/10, 11.000 as ou deux arpents ; le reste de la population n'était pas armé, mais devait un service auxiliaire.

La division en classes et en centuries ainsi arrêtée, la première classe, la classe par excellence [1], composée des hommes astreints au service complet, fournit 40 centuries de *seniores* et 40 de *juniores* $= 80$; la 2e, 10 de *juniores* $+$ 10 de *seniores* $= 20$; la 3e, $10 + 10 = 20$; la 4e, $10 + 10 = 20$; la 5e, $15 + 15 = 30$, et en outre l'armée est complétée par 18 centuries de cavaliers et 5 de musiciens, d'ouvriers et d'hommes complémentaires (*accensi velati*), en tout 193 centuries composant l'*exercitus Servianus*.

Le vote est une espèce de revue, de défilé de cette armée, qui a lieu au champ de manœuvres, au champ de Mars et où les centuries de fantassins votent successivement par classes, après les centuries de cavaliers qui ouvrent le vote comme elles ouvraient le combat, et en incorporant dans les classes dans un ordre un peu obscur, non seulement les quatre centuries de musiciens et d'ouvriers, mais celle des *accensi velati*, qui vote avec la dernière classe. Il est inutile de continuer l'appel des classes quand la majorité, 97 voix, est obtenue : ce qui fait, d'abord que le vote est terminé après l'appel de la première classe, quand les 18 centuries de cavaliers et les 80 centuries de la classe votent dans le même sens ; ensuite que les dernières centuries ne votent à peu près jamais. Il est beaucoup plus douteux que les membres de la première classe aient en outre un avantage tenant à ce que, par suite du nombre de leurs centuries, ils

1. Sur le sens premier des mots *classis*, *classicus*, appliqués à la première classe et à ses membres par opposition aux hommes *infra classem* des autres classes, v. Mommsen, 6, 1, p. 297 et ss.

auraient dans le scrutin un chiffre de voix en disproportion avec leur part dans la population totale. Cela suppose que les propriétaires de 20 arpents qui avaient 80 centuries ne pouvaient pas être quatre fois plus nombreux que ceux de 10 arpents par exemple, qui n'en avaient que 20 ; or cette impossibilité n'est pas démontrée. Il est également concevable que le nombre des membres de chaque centurie soit sensiblement le même dans toutes les classes et que le chiffre de centuries des propriétaires de 20 arpents corresponde à la part qu'ils formaient dans la population totale, avant la disparition des fortunes moyennes et l'apparition des grands domaines et du paupérisme. Il est parfaitement admissible que ce tableau nous ait conservé l'image d'une population robuste et saine de libres paysans, à la fois agriculteurs et soldats, où la plupart possédaient encore, soit en vertu de la propriété moderne, soit en vertu des concessions de terres communes qui l'ont précédée, le domaine de 20 arpents estimé nécessaire et suffisant pour la subsistance d'une famille. Et c'est même indispensable militairement, puisque la distribution servienne était à l'origine l'ordre même de l'armée. — Au contraire, le système implique forcément une inégalité d'effectif entre les centuries de la réserve et celles de l'armée active, et par suite un avantage pour les membres de la première, les hommes faits ayant moins de quarante-six ans étant statistiquement plus nombreux que ceux de quarante-six ans accomplis. Mais cela n'a pas d'inconvénient militaire et c'est une faveur à l'âge qui peut s'expliquer par des considérations politiques.

§ 2. — Lois centuriates de l'époque royale.

Les centuries serviennes n'ont pas joué de rôle légiférant sous la Royauté. Il y en a pour elles la même raison topique que pour les curies. Jusqu'aux XII Tables, la législation est purement coutumière. A la vérité, Denys [1] rapporte que Servius Tullius aurait fait voter au peuple distribué par centuries cinquante lois sur les contrats et les délits, et il paraît même que l'auteur copié par Denys recourait, pour concilier cette allégation avec la tradition relative à la législation antérieure aux XII Tables, au même expédient que Pomponius : à la supposition d'une abrogation par Tarquin. C'est la meilleure preuve de la fausseté de l'allégation. Il y a en même temps là un exemple d'une anticipation assez fréquente qui fait attribuer à Servius Tullius, le bon roi populaire de la légende, des institutions introduites, d'après une autre version, sous la République. On pourrait même se demander si ce n'est pas par une anticipation semblable qu'a été attribuée à Servius Tullius l'organisation des centuries, qui est aussi représentée comme ayant été abolie par Tarquin et qui pourrait fort bien n'avoir été fondée qu'après l'expulsion des rois.

1. Denys, 4, 10. 13. 25. 43. 5, 2. Cf. Krueger, *Sources*, p. 9.

CHAPITRE II. — LA RÉPUBLIQUE.

SECTION I. — Les origines. Les XII Tables [1].

§ 1. — Institutions politiques.

La fondation de la République se place encore dans la période légendaire qui ne finit guère qu'après le sac de Rome par les Gaulois en l'an 364 de la chronologie conventionnelle [2]. Il n'y a donc pas à s'arrêter aux récits qui, selon l'esthétique invariable des Anciens, rattachent la chute de la royauté à la tyrannie du dernier Tarquin et au viol de Lucrèce. Ce qu'on peut dire de plus sûr est que le changement opéré dans les institutions romaines procède d'un mouvement général qui se produisit vers la même époque dans à peu près tous les États limitrophes et qui tendait à substituer des fonctionnaires annaux aux chefs viagers qu'on avait eus jusqu'alors.

Le transfert à deux fonctionnaires annaux, aux consuls (*consules*), comme on les appela plus tard, des pouvoirs politiques du roi : tel fut en effet presque exclusivement le résultat direct de la chute de la royauté. De la puissance royale on leur enleva la portion religieuse. Pour que les dieux nationaux ne retirassent pas à la cité sans roi la protection qu'ils avaient accordée à la cité royale, on laissa dans l'ancienne demeure royale, la *regia*, un roi religieux, sans pouvoir civil, le *rex sacrorum*. Quant au clergé qui jusqu'alors avait été nommé par le roi, il se recruta désormais par cooptation pour les grands collèges (pontifes, augures, etc.), par voie de nomination pontificale pour les collèges inférieurs et les vestales. Mais, sur le terrain laïque, les consuls gardaient en principe, pendant leur année de fonctions, tous les pouvoirs du roi. Durant cette année ils étaient inviolables comme lui durant sa vie, ils avaient comme lui le droit de commander les armées, de rendre la justice civile et criminelle, de convoquer les comices et le sénat, de nommer les énateurs.

Cependant cette modification de la constitution, qu'on a définie comme la simple introduction dans la constitution d'une modalité juridique, du terme certain, était assez importante pour devoir, par sa seule force

1. Mommsen, *Hist. rom.*, livre 2, ch. 1 et 2. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, §§ 12-15.

2. = 390 av. J.-C. P us exactement en 387-386 av. J.-C. V. Girard, *Mélanges de droit romain*, 1, 1912, p. 0, n. 1. Les *annales maximi* des pontifes, qui étaient à peu près la seule source historique un peu sûre pour l'époque ancienne, n'ont sans doute été conservés qu'à partir d'alors. V. Cichorius, art. *Annales*, dans Pauly-Wissowa 1, 2, 1894, p. 2252. Cf. Girard, *Org. jud.*, 1, p. 46, n. 1, et *Mélanges*, 1, pp. 21-32.

autant que par le secours de quelques réformes accessoires, déplacer à bref délai l'assiette du pouvoir et même améliorer sensiblement le sort de la plèbe, qui, dans les institutions serviennes encore, restait exclue de toute participation à l'autorité effective, des magistratures et du sénat par exemple.

La constitution a les mêmes termes qu'auparavant: magistrature, sénat et comices. Seulement leur situation respective a changé.

Le sénat reste bien un corps consultatif nommé par les consuls comme il l'était par le roi; mais il a, par sa stabilité, sur des fonctionnaires annaux responsables à leur sortie de charge, une influence qu'il n'avait pas du tout sur un roi à vie. Pour se couvrir, les consuls prennent l'habitude de le consulter d'avance sur tous les actes importants, propositions de lois, traités, administration financière, etc. C'est un changement grave, quoique de fait.

Le changement est un changement de droit pour les comices, — anciens comices par curies, où l'unité du vote est la curie et où les citoyens votent simultanément au *comitium*; comices par centuries, où l'unité de vote est la centurie, où l'on vote successivement par classes, au champ de Mars, et comices nouveaux, par tribus, établis entre la fondation de la République et les XII Tables, où l'unité de vote est la tribu territoriale dont on fait partie et où les tribus votent simultanément, au Forum. — A côté du *pouvoir législatif*, contenu en germe dans les décisions concrètes rendues par les curies en matière de testament, d'adrogation par exemple, ils acquièrent le *pouvoir électoral*, exercé par les centuries qui nomment les consuls depuis qu'ils existent, et le *pouvoir judiciaire*, exercé en matière pénale par les centuries ou les tribus selon la gravité de l'infraction, en vertu de lois presque contemporaines de la fondation de la République qui rendirent obligatoire pour certaines peines l'admission de la *provocatio ad populum* laissée jusqu'alors à l'arbitraire du roi.

Quant à la magistrature, au contraire, le pouvoir des consuls a des limites qu'ignorait celui des rois: le caractère annal de leurs fonctions, qui permet de les poursuivre à leur sortie de charge; leur dualité, par suite de laquelle, si chacun des deux collègues peut agir seul, l'acte de chacun peut être arrêté par l'opposition de l'autre (*intercessio*); ensuite trois restrictions qui nous sont encore représentées comme contemporaines des origines de la République: la fondation de la questure, l'établissement du droit d'appel au peuple en matière criminelle, et celui du jury en matière civile. 1° Le droit de *provocare ad populum*, d'en appeler de la condamnation aux comices judiciaires nous est représenté comme ayant été établi en matière capitale en l'an 245 par une loi des deux premiers consuls et comme ayant ensuite été étendu aux autres peines graves. 2° Quant à la fondation de la questure, les questeurs, qui sont à notre époque nommés par les consuls, administrent le tré-

sor et la justice criminelle en vertu d'une délégation des consuls, mais d'une délégation forcée, que les consuls sont obligés de faire et qui par conséquent leur enlève une portion de leur autorité. 3° Il en est de même en matière de justice civile. Tandis que, d'après la tradition, le roi statuait seul sur les procès des particuliers, on rapporte soit aux fondateurs de la République, soit, ce qui n'est, avons-nous vu, qu'une variante de la même idée, à Servius Tullius, la distinction du *jus* et du *judicium*, l'obligation imposée au magistrat de ne pas statuer lui-même sur le procès lié par le cérémonial accompli devant lui, d'en renvoyer la solution à un juré choisi par les parties [1].

Ces conséquences immédiates de la fondation de la République sont la réfutation de la doctrine selon laquelle la chute de la royauté aurait été une défaite pour la plèbe, dépouillée de la protection royale, mise à la merci de ses oppresseurs patriciens. Il est vrai que l'établissement de la République n'a ouvert à la plèbe ni les sacerdoces, ni les magistratures, ni, croyons-nous, le sénat. Mais ce n'est pas une aggravation de son sort ; car il en était déjà ainsi sous la Royauté. Et en revanche, puisqu'elle constituait la masse du peuple, elle a profité de toutes les restrictions apportées à l'omnipotence des chefs de l'Etat, notamment des réformes faites en matière de justice civile et criminelle. En outre, la plèbe a conquis dans notre période un avantage direct considérable et même peu rationnel : sa reconnaissance comme une espèce d'Etat dans l'Etat, ayant des magistrats et des assemblées propres dont les décisions s'appliquaient jusqu'à un certain point à tous les citoyens [2].

Les plébéiens obtinrent, à la suite d'une sécession, d'une menace de séparation, la création de *tribuni plebis*, ayant à leurs côtés des *aediles plebis* et investis du droit d'arrêter par leur *intercessio* tous les actes de magistrats faits dans l'intérieur de Rome et dans sa banlieue. Sur ce territoire, qui constitue le territoire civil par opposition au territoire militaire, les tribuns avaient, au point de vue négatif, une situation équivalente à celle des consuls sur lesquels ils paraissent copiés, soit en ce qu'ils sont comme eux annaux, soit, admet la doctrine dominante, en ce qu'ils sont d'abord comme eux au nombre de deux dont l'un peut arrêter l'acte de l'autre, soit en ce qu'ils ont à côté d'eux les édiles comme les consuls ont les questeurs.

Mais les tribuns ne s'en sont pas tenus à ce rôle négatif. Depuis l'an 283, ils étaient élus dans des assemblées de la plèbe distribuée par tribus, et ils prirent l'habitude de la convoquer de temps en temps de cette façon dans des espèces de meetings, qu'on appelait non pas *comitia*, mais *concilium plebis* et où ils lui faisaient voter des résolutions d'un caractère

1. V. pour la première version Cicéron, *De rep.*, 5, 2, 3, et pour la seconde Denys, 4, 25. 36. 10, 1. Cf. Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 77-82.
2. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 160 et ss. Ed. Meyer, *Hermes*, 30, 1895, pp. 1-24. Cf. Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 144-159.

tantôt pénal, tantôt législatif qui se sont de plus en plus rapprochées de celles des comices législatifs et judiciaires. Au point de vue pénal, ils lui faisaient voter, contre des patriciens accusés de violation des droits de la plèbe, des résolutions qui rationnellement n'auraient pas dû avoir plus de force légale que des votes de blâme émis par des réunions privées quelconques, mais qui paraissent reconnues comme valables dès avant les XII Tables. Au point de vue législatif, l'assemblée de la plèbe vote, sur leur proposition, des résolutions d'ordre général qui rigoureusement ne devraient pouvoir lier que les membres de la plèbe, mais qui, dès notre époque, semblent avoir été opposables à tous à condition d'avoir obtenu l'assentiment préalable du sénat [1].

Enfin c'est à l'initiative de la plèbe et de ses tribuns qu'a été dû l'événement le plus important pour l'histoire du droit romain du premier siècle de la République ; la codification du droit coutumier [2]. Les plébéiens accusaient, paraît-il, les patriciens de profiter à leur encontre de l'incertitude et de l'obscurité inhérentes à toute législation non écrite. Afin d'y remédier, le tribun Terentilius Arsa proposa en l'an 292 la nomination d'une commission de cinq membres chargée de rédiger un code selon lequel serait rendue la justice. Le sénat résista, précisément sans doute en refusant son assentiment préalable au projet de résolution de Terentilius Arsa. Mais la plèbe tint bon en renommant pendant huit ans les mêmes tribuns, et, après avoir essayé de la désarmer par d'autres concessions, par exemple par l'admission de la loi Icilia de 297 sur le par-

1. Cela paraît résulter soit de ce que nous savons du système rétabli par Sulla lors de sa réaction (Appien, *B. c.*, 1, 59 ; loi Antonia *de Termessibus*, *Textes*, p. 68), soit des circonstances dans lesquelles furent votés les plus anciens plébiscites.

2. L'histoire des XII Tables a été, comme tous les récits d'événements très anciens, défigurée par une accumulation de légendes que la critique a pour tâche d'écarter et après l'élimination desquelles il ne reste peut-être d'absolument avérée que l'existence des dix commissaires élus au début du IV[e] siècle de la ville pour rédiger le code qui, sous le nom de loi des XII Tables, a été la base de toute l'évolution juridique de Rome. Mais ni la réalité de la codification ni l'authenticité générale du texte codifié n'avaient été l'objet de contestations saillantes jusqu'aux dernières années. Au contraire, le recueil désigné par les Anciens du nom de loi des XII Tables a été représenté comme un ouvrage apocryphe, postérieur de plusieurs siècles à sa date prétendue, d'abord par M. Ettore Pais (*Storia di Roma*, 1, 1, 1898, pp. 550-605. 1, 2, 1899, pp. 546-573. 631-635), qui l'attribuait au célèbre scribe d'Appius Claudius, Cn. Flavius, l'édile de 450 (p. 44), puis par M. Ed. Lambert (*N. R. H.*, 1902, pp. 147-200. *R. gén.*, 1902, pp. 385 et ss., 481 et ss., 1903, p. 15 et ss., *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 503-626), qui l'attribuait, au moins dans le principe (cf. *Mélanges Appleton*, p. 518), au jurisconsulte du VI[e] siècle, Sex. Aelius (p. 45). Nous avons exposé, *N. R. H.*, 1902, pp. 381-436 (= *Mélanges*, 1, pp. 3-64 ; v. encore les deux ouvrages cités plus loin, p. 24, n. 2), les raisons à la fois historiques, philologiques et juridiques qui nous paraissent mettre au-dessus de tout doute le rattachement aux décemvirs du code que les grammairiens et les jurisconsultes des temps historiques avaient sous les yeux et sur le contenu duquel ils nous ont laissé un ensemble d'informations abondantes et précises.

tage des terres publiques de l'Aventin entre les citoyens pauvres, le sénat finit, en l'an 300, par consentir à une transaction. Il devait être élu dans les centuries, pour rédiger ces lois, une commission de dix membres, les *decemviri legibus scribendis*, qui même, d'après l'opinion dominante, auraient pu être pris parmi les plébéiens dont ce serait le premier accès aux magistratures. En compensation, tous les pouvoirs devaient être concentrés entre les mains des décemvirs, la plèbe consentait à la suppression du tribunat et à la suspension de la provocation : à la suspension de la provocation jusqu'à la fin du décemvirat, à la suppression du tribunat peut-être définitivement.

Mais les élections ne nous sont pas représentées comme ayant eu lieu immédiatement. Elles auraient été précédées par l'envoi en Grèce ou peut-être simplement dans la Grande-Grèce, en Italie méridionale, d'une commission de cinq membres chargée d'étudier les lois helléniques, et ce serait seulement au retour des commissaires, dix ans après la proposition de Terentilius Arsa, en l'an 302, que l'on aurait nommé les décemvirs pour l'an 303. Ces décemvirs, tous pris parmi les patriciens, dont le plus connu est Appius Claudius, rédigèrent la première année un certain nombre de lois qui furent votées par les centuries et exposées auprès du *comitium*, où se rendait la justice, sur dix tables de bois ou de métal. Le code paraissant encore incomplet, on nomma, à la fin de 303, de nouveaux décemvirs parmi lesquels on prétend que la plèbe aurait eu pour la première fois des représentants et qui firent quelques lois nouvelles, mais qui voulurent s'éterniser au pouvoir où ils seraient restés même après la fin de 304, jusque durant l'an 305. Ce sont ces seconds décemvirs que la légende raconte avoir été renversés par le peuple, à la suite de circonstances biens connues : la tentative faite par Appius Claudius pour mettre illégalement la plébéienne Virginie en la possession provisoire d'un de ses affidés, sous prétexte de contestation de liberté, puis le meurtre de Virginie par son père. Après leur chute, on fit sanctionner par les comices par centuries, leurs dernières lois, gravées sur deux autres tables, qui constituèrent avec les dix premières, les XII Tables (*duodecim tabulae*, *lex duodecim tabularum*, *lex decemviralis*, parfois *lex* tout court).

§ 2. — Sources du droit.

La période qui s'étend de l'établissement de la République aux XII Tables est la première dans laquelle on trouve une source du droit autre que la coutume, que le *jus non scriptum*. On y rencontre aussi la première source du *jus scriptum* : la *lex*. On peut citer, comme exemples, des lois centuriates, la loi Valeria Horatia *de provocatione*, la loi des XII Tables et, en prenant le mot *lex* dans son sens large récent où il englobe même les plébiscites, des plébiscites, ainsi la loi Icilia *de Aventino publicando*.

La loi des XII Tables [1], la seule de ces lois sur laquelle il soit nécessaire d'insister dans un traité de droit privé, est, pour le droit romain, un monument fondamental, un monument dans lequel s'exprime toute l'activité juridique antérieure et qui a commandé tout le développement postérieur. La rédaction des XII Tables marque, a-t-on dit, pour l'histoire du droit romain un moment comparable à celui de la rédaction des poèmes homériques pour l'histoire de la littérature grecque.

Les XII Tables ne sont pas restées longtemps sous les yeux des Romains dans leur forme première : les tables primitives n'ont pas dû survivre au sac de Rome par les Gaulois (p. 19, n. 2), où elles durent être brûlées, si elles étaient de bois, être emportées avec le reste du butin, si elles étaient de bronze. Elles furent ensuite reconstituées, comme les autres actes publics, sans doute fidèlement quant au fond, mais dans une forme déjà modernisée qui paraît avoir encore été plusieurs fois rajeunie par la suite. Dans ce texte dépourvu de date bien précise, elles ont fait l'objet de commentaires juridiques nombreux, dont le plus récent est le commentaire en six livres écrit sous les Antonins par Gaius, et elles paraissent être restées affichées publiquement au moins jusqu'au III[e] siècle de notre ère.

Cependant aucun exemplaire, ni aucun commentaire ne nous en est parvenu en entier et nous sommes par conséquent réduits, pour leur connaissance, aux citations incidentes, du reste extrêmement nombreuses, qui s'en trouvent éparpillées dans toute la littérature romaine. Ces citations ne permettent d'en restituer la forme matérielle que très imparfaitement ; mais en revanche elles sont assez explicites et assez abondantes pour en faire connaître clairement le fond. Elles nous révèlent très nettement une législation rude et barbare, encore fortement empreinte des caractères des législations primitives et probablement très peu différente du droit qui fonctionnait depuis des siècles avant elles.

En effet, il ne faudrait pas croire, à cause du récit de l'envoi d'une commission en Grèce, ni d'une autre version relative au concours donné aux décemvirs par l'émigré grec Hermodore, que les XII Tables aient été une copie, même partielle, des lois grecques. Les Anciens n'indiquent que deux à trois emprunts tout à fait secondaires et ceux qu'ont voulu ajouter certains interprètes modernes sont plus que douteux. Il ne faudrait pas croire davantage que les décemvirs, qui avaient reçu le pouvoir de remanier le droit existant, en aient usé pour faire une œuvre ration-

1. V. Girard, *La loi des XII Tables*. Londres, 1914, et Girard, *Textes*, pp. 9-23, où l'on trouvera une notice et les fragments conservés. Le travail essentiel au point de vue philologique est toujours celui de Schoell, *Legis XII tabularum reliquiae*, 1866, dont quelques leçons ont été modifiées par ex. par Mommsen, dans Bruns, *Fontes*. Celui publié par Dirksen en 1824 peut être encore utile à consulter pour le commentaire. Celui de M. Voigt, *Die XII Tafeln*, 2 vol., 1883, contient une restitution tout à fait inacceptable et un commentaire fort aventureux.

nelle, philosophique, brisant avec la tradition, établissant l'égalité politique ou civile : les XII Tables n'ont pas supprimé le droit exclusif des patriciens aux magistratures, elles n'ont même pas permis le mariage entre patriciens et plébéiens. Elles peuvent avoir contenu quelques atténuations à la dureté première du droit, par exemple en matière de famille ; c'est aussi peut-être aux décemvirs qu'il faut rattacher l'introduction de la monnaie frappée par l'État et les conséquences civiles qui en résultent ; mais la principale innovation a été sans doute dans le fait même de la rédaction de la loi, dans cette substitution d'un droit écrit à un droit coutumier qui était la principale réclamation des plébéiens. C'est même la meilleure explication des bornes de la codification : au lieu d'embrasser tout le droit public et privé, civil et religieux, les XII Tables traitent à peu près exclusivement du droit civil, du droit pénal et de leur procédure ; elles ne contenaient guère par ailleurs que quelques dispositions sur les funérailles et peut-être le calendrier, encore important pour la procédure.

A nous en tenir aux dispositions relatives au droit pénal, à la famille, au patrimoine et à la procédure civile, les XII Tables visent, en matière pénale, à la fois des délits publics, considérés comme intéressant l'État et réprimés par lui, et des délits privés, considérés comme lésant exclusivement un particulier à qui seul il appartient d'en exiger la répression. Les délits publics, qui dès alors ne sont pas exclusivement des délits contre l'État, qui comprennent en outre certains délits graves contre les particuliers, par exemple le meurtre, sont, quand la peine qu'ils encourent donne lieu à *provocatio*, jugés par le peuple : par les centuries, en matière capitale, par les tribus, pour les autres peines donnant lieu à *provocatio*, c'est-à-dire pour les amendes excédant un certain taux. Quant aux délits privés, les XII Tables nous permettent de saisir dans leur évolution une phase transitoire très instructive. Pour certains, ainsi pour le vol flagrant (*furtum manifestum*) et pour l'injure par rupture d'un membre, le particulier lésé a le droit de se venger impunément, comme il l'avait sans doute toujours à l'origine ; il ne renoncera à sa vengeance moyennant rançon que s'il le veut, en fixant la rançon à son gré. Au contraire, pour la plupart, la puissance publique lui impose la nécessité de se contenter d'une rançon fixée par elle-même, d'une composition légale : elle transforme le droit de vengeance de la victime en une créance d'amende.

La famille des XII Tables est toujours la famille patriarcale basée sur la puissance, où il n'y a dans la maison qu'un seul maître et qu'un seul propriétaire ; où la parenté n'existe que par les mâles ; où la femme est aussi sous la puissance du mari (ou du père du mari) en vertu de la *conventio in manum*, peut-être toujours, tout au moins le plus souvent ; où les femmes ne sortent de la puissance maritale ou paternelle que pour tomber sous la tutelle de leurs proches.

Dans le droit du patrimoine, où la propriété s'applique désormais à la fois aux meubles et aux immeubles, où les obligations peuvent naître non seulement de délits, mais de contrats (*nexum* ; *sponsio ?*), les actes sont principalement et peut-être exclusivement régis par le système du formalisme. Pour faire un acte valable, pour disposer de ses biens à cause de mort par testament, pour aliéner un esclave entre vifs, pour se rendre débiteur d'une somme d'argent, il ne suffit pas de manifester sa volonté. Il faut, comme dans toutes les législations primitives, recourir à des formes légales, employer des gestes et des paroles déterminés par la loi, qui ont l'avantage de préciser l'intention de celui qui agit à ses yeux et à ceux des autres, de le protéger contre les surprises, de faciliter la preuve, et dont, pour cette raison, on retrouve encore aujourd'hui l'équivalent pour certains actes importants, mais qui n'ont pas été inventés à raison de leurs avantages pratiques, dont l'usage tient à ce qu'on n'était pas encore arrivé à cette époque à l'idée que la volonté humaine pût à elle seule déplacer un droit de propriété, créer une obligation, produire un effet juridique. Afin d'atteindre ces divers résultats, on emploie les instruments qu'un développement qu'il faudra étudier à part pour chacun a fait reconnaître y être aptes.

La procédure que sanctionnent les XII Tables, la procédure des Actions de la loi est pareillement une procédure tout à fait archaïque, riche en ressemblances avec la procédure du droit celtique, avec la procédure germanique, avec notre ancienne procédure française, avec celles d'une infinité de groupes peu avancés en évolution. Elle est brutale et dure : le demandeur qui veut faire comparaître le défendeur devant le magistrat a le droit de l'y traîner de force ; le défendeur qui n'exécute pas le jugement peut être mis à mort ou vendu comme esclave. Elle est aussi rigoureusement formaliste : pour lier le procès, il est indispensable que les parties accomplissent les solennités d'un rituel déterminé, prononcent des paroles sacramentelles auxquelles il est interdit de rien changer à peine de nullité. Elle présente enfin un autre caractère souvent plus négligé, par lequel les XII Tables marquent une phase historique très remarquable. Quand on parle aujourd'hui de la procédure, par laquelle une personne arrive à la satisfaction de son droit, on pense le plus souvent à une procédure judiciaire où une autorité supérieure intervient entre les intéressés pour reconnaître le droit et en assurer l'exécution. Mais cela suppose l'existence d'un pouvoir judiciaire, d'une autorité publique ayant le pouvoir d'imposer son arbitrage aux particuliers et reconnaissant avoir la charge de le leur fournir. Or cela n'a pas toujours existé. Le point de départ a été, en procédure, le droit de se faire justice, comme il a été, en droit pénal, le droit de vengeance qui n'en est pas essentiellement différent. Celui qui croit avoir un droit ne demande pas justice. Il se la fait, en suivant d'ailleurs des formes

rigoureusement arrêtées par l'usage, en s'exposant à commettre un délit s'il agit sans droit ou en dehors des formes. Il y a une procédure, il n'y a pas de procès. Or là encore le droit des XII Tables avec ses quatre *legis actiones*, — *sacramentum*, *judicis postulatio*, *manus injectio*, *pignoris capio*, auxquelles des lois postérieures ajoutèrent la *condictio*, — accuse une transition, montre très bien comment l'on est passé d'un système à l'autre, comment l'élément nouveau, le procès, est venu se souder à l'ancienne procédure sans procès.

Le système ancien apparaît d'abord en pleine lumière dans la *pignoris capio*, la saisie de gage, procédure archaïque, qui à Rome est dès le début en décadence, qui n'y fonctionne plus que pour certaines créances d'ordre public ou religieux, mais qui se rencontre avec une tout autre étendue dans d'autres législations et dont l'idée renaît toujours dans l'esprit populaire. Pour peser sur la volonté du débiteur, le créancier saisit lui-même n'importe où, sans le concours d'aucune autorité, une chose appartenant au débiteur qu'il ne lui rendra que quand il sera payé.

La *manus injectio* est une procédure où le créancier s'empare solennellement devant le magistrat de son débiteur afin de l'emmener chez lui comme prisonnier et d'arriver plus tard à sa mort ou à sa réduction en esclavage, à moins qu'il n'intervienne un tiers (*vindex*) pour s'opposer à cette saisie de la personne. Elle a lieu devant le magistrat. Elle peut même provoquer un procès, si le tiers intervient. Et par suite on la considère souvent comme une sorte de procès moderne. En réalité elle en est très loin, elle est très près du système où il y a procédure sans procès, où l'on se fait justice dans des formes légales ; car le débiteur ne peut se défendre lui-même et, quoique l'on s'y méprenne souvent, quand le *vindex* intervient, il ne le défend pas non plus. Il le libère par son intervention. Seulement il est sujet à amende, s'il intervient à tort. Donc la procédure de *manus injectio* est une procédure qui se termine sans procès, qu'elle aboutisse à son terme normal ou qu'elle échoue, sauf une question à régler au second cas entre son auteur et le *vindex*, entre le *manum injiciens* et le *manum depellens*. Et il ne faut pas objecter que c'est là une voie d'exécution qui a dû être précédée d'un procès véritable ; car il est à croire qu'il y a eu une époque où la *manus injectio* était, avec la *pignoris capio*, la seule Action de la loi, où elle sanctionnait des créances qui y donnaient lieu par elles-mêmes, par exemple celle née du *nexum*.

Quant à la procédure du *sacramentum*, elle sert précisément à transformer en créances fondant la *manus injectio* des créances qui ne la fondent pas par elles-mêmes. Dans cette procédure encore, les parties ne se présentent pas directement devant le magistrat pour faire trancher un différend. Le demandeur commence par une affirmation de son droit

qui, si elle n'est pas régulièrement contestée, suffit sans procès pour rendre sa créance susceptible de *manus injectio*. C'est seulement sur la réponse négative du défendeur qu'on arrive à lier le procès par un expédient déjà signalé (p. 13) : un double serment, plus tard remplacé par un pari, qui donne lieu à une instruction que le magistrat faisait autrefois lui-même, que depuis la République il doit renvoyer à un juge et après laquelle le demandeur triomphant aura, s'il s'agit d'une action personnelle, le droit de faire *manus injectio*. Mais on voit par quel moyen détourné le procès se greffe là sur la procédure où l'on se fait justice sans procès.

L'idée moderne du procès, de la justice qu'on demande à une autorité compétente au lieu de se la faire, se manifeste au contraire ouvertement dans le nom même de la *judicis postulatio*, demande d'un juge au magistrat, admise pour certaines prétentions et déjà connue des XII Tables, qui présentent donc, en matière de procédure comme en matière de délits, à la fois la preuve du régime ancien et celle du régime nouveau.

SECTION II. — **Les temps historiques (305-727).**

La période qui va de la confection des XII Tables à l'établissement du Principat est peut-être la plus importante de l'histoire romaine non seulement pour l'histoire politique, mais pour l'histoire du droit privé. Pour l'histoire politique, c'est celle où se réalise, à l'intérieur, l'émancipation de la plèbe, où, à l'extérieur, la domination romaine s'étend d'abord sur l'Italie, ensuite sur la plupart des provinces. Pour l'histoire du droit, c'est celle où les formations plus jeunes du droit prétorien et du droit des gens viennent se juxtaposer aux règles de l'ancien droit civil, où, d'abord dans l'interprétation du texte des XII Tables, puis en vertu des pouvoirs plus larges donnés aux magistrats judiciaires par l'établissement d'un nouveau système de procédure, s'arrêtent les principes que les jurisconsultes plus connus de l'époque impériale ne firent que formuler et développer. Nous nous contenterons ici d'indiquer sommairement les grands ressorts du mécanisme constitutionnel en insistant surtout sur le développement de la législation et de la science du droit.

§ 1. — Institutions politiques [1].

Les institutions politiques se rattachent toujours aux trois termes de la constitution primitive : la magistrature, le peuple et le sénat.

I. Magistrature. — La transformation subie par la magistrature se ramène, abstraction faite des détails, à deux idées principales : 1° son

1. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, §§ 19-22. Mommsen, *Hist. rom.*, livre 2, ch. 3 ; livre 3, chap. 11 ; livre 4, ch. 2-4. 6. 9-11 ; livre 5, ch. 11.

ouverture aux plébéiens ; 2° son morcellement en départements distincts.

1. Les magistratures patriciennes sont devenues accessibles aux plébéiens. Les XII Tables, codifiant le droit préexistant, n'avaient pas réalisé l'égalisation de la plèbe, même au point de vue privé, au point de vue de l'autorisation du mariage entre les deux ordres ; encore moins au point de vue public, à celui de l'ouverture des magistratures de l'État. La prohibition relative au mariage fut levée très peu de temps après, en l'an 309, par un plébiscite, sans doute autorisé préalablement par le sénat : la loi Canuleia. La conquête de l'égalité politique fut plus longue et plus difficile ; de plus, son histoire s'entrecroise avec le mouvement de multiplication des magistratures, en sorte qu'on doit noter séparément l'accès des plébéiens à chaque magistrature distincte et qu'on représente même souvent, avec un peu d'exagération, les magistratures nouvelles (par exemple, la préture et l'édilité curule créées en 387 pour la justice civile et la surveillance des rues et des marchés), comme ayant été successivement fondées par les patriciens afin d'y garder le monopole de certaines attributions détachées des magistratures préexistantes au moment où les plébéiens entraient dans ces dernières.

Cela n'empêche pas qu'au Ve siècle de Rome toutes les magistratures et la plupart des sacerdoces étaient devenus accessibles aux plébéiens, tandis que d'ailleurs le tribunat et l'édilité de la plèbe restèrent toujours fermés aux patriciens. Le triomphe de la plèbe était achevé au point de vue des magistratures, à ce moment où nous verrons qu'elle avait pareillement triomphé quant au pouvoir législatif et aux droits sénatoriaux de ses membres. L'ancienne opposition n'existe plus désormais entre les deux ordres. Elle est remplacée par une nouvelle démarcation sociale, par la formation d'une nouvelle aristocratie : la *nobilitas*, la noblesse des magistratures, composée des anciennes familles patriciennes et des familles plébéiennes qui avaient parmi leurs ancêtres un magistrat curule.

2. Peut-être en partie à la suite des circonstances dans lesquelles l'accès des magistratures fut conquis par la plèbe, certainement surtout à raison des besoins nouveaux produits par l'accroissement de l'État, le caractère de la magistrature s'est transformé. Le magistrature a perdu son caractère unitaire et universel pour se fractionner en une série de compétences distinctes. Au lieu d'appartenir pour le tout à un magistrat unique, le roi, ou à deux, les consuls, l'autorité est répartie entre de nombreux magistrats ayant chacun en principe des pouvoirs spéciaux distraits de cette autorité générale.

Les *consuls* gardent bien l'autorité fondamentale : au point de vue militaire, le droit de lever et de commander les troupes, au point de vue civil, celui de convoquer le peuple et de consulter le sénat. Mais, à côté d'eux et à leur place, il y a, pour la justice criminelle et la garde du trésor, les *questeurs*, dont l'existence était déjà une restriction à

leur liberté quand ils étaient choisis par eux, mais en est devenue une bien plus saillante, depuis qu'ils sont nommés par le peuple, comme cela a lieu probablement depuis la chute des décemvirs ; pour le cens et l'administration financière, les *censeurs* créés comme magistrats intermittents au début du IVe siècle, en 311 ou 319 de Rome ; pour la police de la ville et des marchés, les deux *édiles curules* créés en 387 ; pour la justice civile, le *préteur* créé aussi en 387 et, à partir de 512, les deux préteurs urbain et pérégrin qui se partageaient par le sort les départements judiciaires ; ensuite encore, depuis la création des provinces, d'autres préteurs auxquels étaient par exemple attribués par le sort les départements de Sicile, de Sardaigne, des deux Espagnes ; enfin, depuis le VIIe siècle, le nombre des compétences limitées fut encore augmenté par la création des *quaestiones perpetuae*, grands jurys chargés de la répression exclusive de certains crimes et en partie présidés par des préteurs.

L'*imperium* primitif n'eût pu se retrouver que dans la *dictature*, magistrature extraordinaire qui, dans le principe, n'avait d'autre limitation que sa durée : six mois au plus, et qui était, a-t-on dit, un moyen prévu par la constitution pour restaurer temporairement la monarchie en cas de pressant péril intérieur ou extérieur. Mais précisément, lorsque les magistratures se sont multipliées, l'idée de spécialité a été appliquée à la dictature : on a créé des dictateurs pour des fonctions déterminées et il n'y a plus eu de dictateurs généraux depuis l'an 538. Les dictatures de Sulla et de César sont des pouvoirs révolutionnaires qui n'ont que le nom de commun avec l'ancienne dictature. Au contraire, la constitution de Sulla a donné la dernière main au système des compétences limitées en enlevant le commandement militaire aux consuls : désormais ils doivent rester à Rome pendant leur année de pouvoir ainsi que les huit préteurs qui existent alors et qui sont chargés de la justice civile et de six départements criminels, de six présidences de *quaestiones perpetuae* ; puis les deux consuls et les huit préteurs sortants se partagent, l'année suivante, dix gouvernements de provinces, qu'ils occupent en vertu d'une prorogation de leurs pouvoirs.

II. Comices. — Les comices, qui gardent naturellement le pouvoir législatif et le pouvoir électoral, mais qui perdent presque entièrement le pouvoir judiciaire dans le cours du VIIe siècle par suite de la création des *quaestiones perpetuae*, sont, comme dans la période précédente : 1° les comices par curies qui paraissent être alors ouverts aux plébéiens, mais qui n'ont plus qu'un rôle de forme (adrogation, promesse d'obéissance aux magistrats nouveaux qu'on appelle *lex curiata de imperio*), en sorte que les citoyens ne se donnent plus la peine de s'y rendre et y sont représentés par les trente licteurs chargés de la police de l'assemblée ; 2° les comices par centuries ; 3° les comices par tribus ; 4° enfin, à côté

d'eux, le *concilium plebis*, auquel le pouvoir législatif appartient désormais pleinement, qui peut faire désormais des lois obligatoires pour tous en vertu d'une réforme attribuée par la tradition la plus détaillée à trois lois successives, réalisée en tous cas définitivement par une loi Hortensia qui se place entre les années 465 et 468 de Rome. En somme, en écartant les curies, il y a trois assemblées distinctes compétentes concurremment en matière législative, électorale et judiciaire et, tandis qu'il y a une répartition entre les trois pour la nomination des magistrats et, tant qu'elle a existé, pour la justice criminelle, le pouvoir législatif leur appartient indifféremment à toutes trois : une loi peut indifféremment être faite, soit sur la proposition d'un tribun, par le *concilium plebis*, soit sur celle d'un magistrat du peuple, consul ou préteur, par les comices tributes, qu'il ne faut pas confondre avec le *concilium plebis*, ou par les comices centuriates.

Ce régime paraît de prime abord très singulier et le devient encore plus quand on remarque que les divers modes de consultation sont employés indistinctement, que l'on voit à chaque instant des projets être, selon des commodités accessoires, déférés indifféremment au *concilium plebis* ou aux deux autres assemblées.

L'emploi fait indifféremment des comices tributes et du *concilium plebis* s'explique assez aisément par l'idée que la distinction de la plèbe et du peuple tout entier est, dans les derniers siècles, purement historique, que, le nombre des patriciens étant devenu très restreint, il revenait pratiquement au même de consulter les tribus sans quelques patriciens ou avec quelques patriciens qui ne faisaient dans chacune qu'une fraction infime impuissante à déplacer la majorité. Mais pour qu'on ait également pu consulter indistinctement l'assemblée des tribus et celle des centuries, il faut pareillement que, malgré la diversité de mode de scrutin et d'unité de vote, il n'y ait pas eu de différence pratique, que les formes modernes du scrutin aient donné dans les deux assemblées l'influence essentielle aux mêmes éléments. Cette idée s'accorde en fait assez bien avec ce que nous savons des deux assemblées.

Les tribus, qui avaient d'abord été celles dans lesquelles chacun était propriétaire foncier, qui ne comprenaient donc anciennement que des propriétaires, furent ouvertes à tous les citoyens, propriétaires ou non, lors de la censure du gentilhomme révolutionnaire Appius Claudius en 442. Mais cela n'eut pas, en réalité, pour résultat d'établir l'égalité de vote ; car les censeurs auxquels appartenait la répartition des citoyens dans les tribus la faisaient d'une façon arbitraire, aristocratique, en enfermant certaines catégories de citoyens dans un petit nombre de tribus où ils ne faisaient qu'autant de voix qu'il y avait de tribus, quel que fût leur nombre de têtes, tandis que les autres tribus, ne comprenant que des riches ou des propriétaires ruraux absents de

Rome pour le vote, formaient une majorité écrasante malgré leur petit nombre d'électeurs. Cette méthode a été temporairement employée après la guerre sociale pour assurer la majorité aux anciens citoyens contre les Italiens naturalisés. Elle était alors déjà pratiquée depuis longtemps et d'une manière bien plus énergique à l'encontre des citoyens non-propriétaires, qui étaient, depuis l'an 450, tous mis dans les quatre tribus urbaines, en face desquelles il y avait 27 tribus rustiques lors de leur admission au vote et il y en eut plus tard 31.

Un système symétrique fonctionnait en réalité pour les centuries. Nous avons vu qu'à l'origine le nombre des centuries de riches, c'est-à-dire alors de personnes possédant une certaine quantité de terres, correspondait probablement à leur proportion dans la population totale. C'est à peu près forcé si on rappelle que les centuries étaient à cette époque des unités militaires encore plus qu'électorales et devaient par conséquent compter chacune sensiblement le même chiffre de soldats. Plus tard au contraire, quand elles n'eurent plus de rôle militaire, quand aussi on eut substitué la fortune quelconque à la fortune foncière dans la détermination du cens, quand enfin le développement de la puissance romaine eut eu pour conséquence fâcheuse de concentrer la richesse dans un petit nombre de mains, rien n'a empêché que le système devînt par contre-coup un système aristocratique donnant la plupart des voix aux riches peu nombreux et ayant beaucoup de centuries, en donnant un très petit nombre aux pauvres très nombreux, mais entassés dans quelques centuries. Et il y a des traces que cela est arrivé. Mais cela ne créait pas une différence de principe entre les centuries et les tribus. En outre, les centuries furent réorganisées entre 516 et 536, par une réforme sur laquelle les renseignements sont si restreints que presque tous les détails sont discutés, mais qui augmenta encore le rapprochement. Il est certain qu'elle a supprimé le droit des cavaliers de voter les premiers, qui était devenu pour l'aristocratie un moyen d'influer sur les votes suivants ; il est certain aussi que, tout en laissant substituer les cinq classes et la distinction des *seniores* et des *juniores* et même sans modifier le chiffre total des centuries, elle diminua un peu le chiffre des centuries de la première classe et établit entre les centuries et les tribus un lien quelconque qui rapprocha forcément beaucoup les deux modes de votation. Ils sont sensiblement corrélatifs comme résultat avec une diversité de procédure qui rendait le vote des centuries plus solennel, celui des tribus plus expéditif.

III. Sénat. — Le sénat garde théoriquement le rôle de corps consultatif. Mais, en réalité, dans la période récente de la République, c'est lui qui gouverne l'État. C'est le résultat de changements encore plus pratiques que légaux, apportés à ses attributions et même à son recrutement.

1. *Recrutement.* Depuis la loi Ovinia de 442 environ, ce sont les

censeurs qui y nomment au lieu des consuls et ils ont même le droit de le renouveler à chaque censure. Cela pourrait faire croire que son indépendance en face de la magistrature a été diminuée. Mais pratiquement c'est au contraire plutôt la liberté de la magistrature qui a été restreinte. Les censeurs sont, à moins d'indignité, obligés de mettre dans le sénat ceux qui y sont appelés par l'occupation de magistratures devenues toujours plus nombreuses. Ils ne choisissent librement que les titulaires des places de plus en plus rares qui ne sont pas occupées par d'anciens magistrats. Le sénat se trouve ainsi être, au moins indirectement, un corps électif, composé de magistrats antérieurement élus par le peuple sans distinction de patriciens et de plébéiens, sauf probablement la réserve aux seuls sénateurs patriciens de deux fonctions de l'ancien sénat patricien : l'*auctoritas patrum*, qui est devenue une simple formalité, et l'occupation intérimaire du pouvoir par voie de roulement au cas de vacance, l'*interregnum*.

2. *Attributions.* A peu près depuis la seconde guerre punique, le sénat est le vrai centre du gouvernement. Au point de vue de l'administration intérieure, il est consulté par les magistrats sur toutes les mesures importantes, actes de haute police, propositions de lois, etc. — Au point de vue financier, il détermine l'emploi des recettes, il autorise les travaux publics faits par les censeurs et, dans l'intervalle des censures, par les consuls et les préteurs, il autorise les paiements des questeurs. Au point de vue militaire, il fixe les sphères d'opérations des généraux, l'argent et les troupes qui leur sont accordés ; il s'arroge par une usurpation le droit de les maintenir en fonctions après l'expiration de leurs pouvoirs, dont est sorti le système de Sulla sur la double année d'exercice des consuls et des préteurs envoyés la seconde année par prorogation en province. — Dans les rapports avec l'étranger, c'est lui qui dirige les négociations et les traités, qui envoie après la paix sur le théâtre de la guerre des commissions prises dans son sein pour surveiller l'exécution des traités et organiser les territoires conquis. — Enfin, au point de vue législatif, il empiète déjà sur les pouvoirs des comices en s'arrogeant le droit, qui lui est de plus en plus ouvertement reconnu depuis Sulla, de dispenser de l'observation des lois en cas d'urgence ou par voie de mesure individuelle [1].

§ 2 — La législation et la science du droit.

Dans la période qui va des XII Tables à la fin de la République, les organes légiférants se multiplient en même temps que la science du droit

1. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 7, p. 457 et ss. Cf. 6, 1, p. 385. La preuve de l'irrégularité constitutionnelle de son intervention est, pour les dispositions urgentes, qu'elles étaient ensuite ordinairement soumises à la ratification du peuple et, pour les dispositions individuelles, qu'elles ont été précisément l'objet de la plus ancienne activité légiférante des comices (testament, adrogation).

se constitue. On peut citer comme sources du droit non plus seulement la coutume, qui garde son ancien caractère de source complète, ayant à la fois le pouvoir de créer du droit nouveau et d'abroger du droit existant, d'introduire des règles nouvelles et d'effacer des règles établies, même des règles établies par des lois positives, non plus seulement la loi, qui n'a jamais été une source plus active et dont on trouve ici pour la première fois des exemples concrets conservés littéralement, mais, à partir d'une certaine époque, les sénatus-consultes, qui peuvent modifier le droit existant dans la mesure déjà indiquée (p. 33, n. 1) et dont nous avons également des exemples concrets [1], et aussi à partir d'une certaine époque, les édits des magistrats. Cependant, parmi ces quatre sources, il n'y a, croyons-nous, de détails indispensables à donner que sur la loi et les édits des magistrats, à côté desquels nous mettrons seulement la science du droit, qui n'est pas, au sens propre, dans cette période, une source distincte du droit, mais qui y a été un facteur très important de son élaboration.

I. Loi. — Le nom de loi, *lex*, comprend, à notre époque, en un sens large, à la fois la loi proprement dite (*lex*), votée sur la proposition d'un magistrat du peuple par les comices, et le plébiscite (*plebis scitum*), voté par la plèbe sur la proposition d'un tribun [2]. Dans les deux cas, la résolution est désignée officiellement du nom de *lex* qu'on fait suivre du nom de famille de l'auteur ou des auteurs de la loi au nominatif féminin : *lex Hortensia*, *lex Valeria Horatia*. En général, les lois portent deux noms, lorsque ce sont des lois consulaires, considérées en droit comme proposées par les deux consuls en vertu de la collégialité, même quand en fait elles n'émanent que de l'un d'eux. Au contraire, elles ne portent qu'un nom, quand elles ont été proposées par un dictateur, qui est seul, par un préteur, qui est lié à ses collègues par une collégialité moins étroite, ou par un tribun, dont les collègues sont trop nombreux pour qu'on puisse donner à la loi tous leurs noms [3].

Un certain nombre de lois de la République nous ont été transmises par des inscriptions : ainsi la loi Acilia *repetundarum* de l'an 631 ou 632, sur la répression des concussions des magistrats, gravée sur une table de bronze dont nous ont été transmis quelques fragments ; la loi agraire de 643, gravée sur le revers de la table dont la face portait la loi Acilia; la loi Rubria *de Gallia Cisalpina*, réglant en matière de compétence et de procédure les conséquences de la concession du droit de cité à la Gaule cisalpine et placée par les uns en 705, par d'autres après l'an 712, où la Gaule cisalpine fut annexée à l'Italie, dont la quatrième

1. V. la liste et les exemples, *Textes*, p. 128 et ss.
2. Cf. Gaius, 1, 3. *Inst.*, 1, 2, *De j. nat.*, 4.
3. V. sur la dénomination des lois, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 359, n. 1. Karlowa, *R. R. G.*, 1, p. 426. Krueger, *Sources*, p. 24, n. 6.

table a été trouvée au XVIIIe siècle à Veleia près de Plaisance ; le fragment d'Este, découvert à Este en 1880, également relatif au règlement des compétences, que plusieurs croient un fragment de la même loi et qui en tout cas est sûrement de la même époque ; la *lex Julia*, dite *Julia municipalis*, de l'an 709, à la fois relative à la police de la ville de Rome et au régime municipal des cités des citoyens, dont on n'a pas le commencement, mais dont on a la fin sur deux tables de bronze appelées souvent du lieu de la trouvaille les tables d'Héraclée. — Enfin l'on peut signaler, dès avant la fin de cette période, deux exemples des monuments désignés plus ou moins proprement du nom de *leges datae*, par opposition aux *leges rogatae*, c'est-à-dire selon nous des lois rendues par un magistrat par délégation du peuple, comme étaient généralement les lois constitutives de provinces ou de colonies [1] : un fragment, découvert en 1894, du statut municipal donné à la ville de Tarente, après qu'elle eut acquis le droit de cité, dans la seconde moitié du VIIe siècle, et de longs fragments, découverts à Osuna en 1870 et 1874, du statut de la colonie de citoyens Julia Genetiva, déduite en Espagne après la mort de César en vertu de lois faites de son vivant [2].

Notre période est également la plus riche en lois relatives au droit privé. Les comices ayant surtout légiféré en matière politique et les historiens s'occupant aussi surtout des lois politiques, ce ne sont ni les plus nombreuses ni les plus fréquemment signalées par les auteurs anciens. Cependant on peut, même en écartant les lois exclusivement politiques et les lois sur la justice et la procédure criminelle qui ont mis les *quaestiones* à la place des comices judiciaires, en citer un assez grand nombre qui se rapportent soit au droit privé soit à la procédure civile. Nous aurons l'occasion de les étudier toutes en détail, mais il ne sera pas inutile de donner ici un tableau sommaire des principales [3].

1. V. sur la définition des *leges datae*, Krueger, *Sources*, p. 20, n. 3, et, en un sens différent, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 253 et ss.

2. On trouvera toutes ces lois, *rogatae* ou *datae*, avec quelques autres, *Textes*, p. 24 et ss. Cf., *Textes*, pp. 72 et 80, les notices des lois Rubria *de Gallia Cisalpina* et Julia.

3. On remarquera que les dates que nous indiquons s'écartent notablement de celles, souvent beaucoup plus précises, données dans la plupart des ouvrages anciens et qui n'ont pas encore toutes disparu des ouvrages modernes. Ces derniers chiffres viennent en général de ce que les anciens auteurs, avides de précision, ont, pour les lois dont ils trouvaient les noms sans autre information sur leur date, cherché dans les débris des listes romaines de magistrats les noms correspondants et fait ensuite entre les personnages ainsi découverts un choix arbitraire. Ce procédé est excessivement critiquable parce que nous n'avons pas ces listes complètes : si nous connaissons à peu près tous les consuls, il manque à nos listes une quantité de préteurs et encore bien plus de tribuns. Il est donc parfaitement arbitraire de supposer que, lorsqu'une loi s'appelle Furia, elle est forcément de l'un ou de l'autre des deux ou trois Furii que présentent les textes, quand il a pu y en avoir des quantités d'autres qui ont été préteurs ou seulement tribuns. En outre, le procédé conduit à des résultats d'autant plus faux que le hasard de notre tradition, notamment de la transmission de l'œuvre de Tite-Live,

En matière de droit privé, on rencontre, sans parler des lois agraires ni des lois sur le luxe, des lois privées qui ont été certainement provoquées par des considérations politiques : d'abord la seule loi sûre du IV[e] siècle, la loi Canuleia, plébiscite de l'an 309, autorisant le mariage entre patriciens et plébéiens ; ensuite une autre loi sûre du V[e] siècle, la loi Poetelia Papiria, adoucissant la condition des débiteurs, de l'an 428 ou 441, plutôt de l'an 428 ; puis des lois sur le cautionnement se rattachant à la politique par l'idée de protéger les débiteurs, pour la plupart, et pour l'une par la distinction entre l'Italie et les provinces : les lois Appuleia, Publilia, Furia, Cicereia, qui sont souvent rejetées très haut dans le passé, mais dont l'une des plus anciennes, la loi Appuleia, suppose l'existence des provinces, alors que la première province, la Sicile, a été fondée en 513 ; puis des lois sur les libéralités entre vifs et testamentaires : la loi Cincia de l'an 550 sur les donations, les lois Furia et Voconia sur les legs, dont la seconde est de 585, dont la première, souvent placée arbitrairement très haut dans le passé, est postérieure à la loi Cincia et se place donc entre 550 et 585 ; à la rigueur aussi, une autre loi plus récente sur les legs, motivée par un intérêt fiscal, la loi Falcidia de 714.

D'autres lois ont été motivées par des considérations de pur droit privé : la loi Aquilia, sur la réparation du dommage causé à autrui, qu'on place souvent, à cause de témoignages byzantins très douteux, à l'époque de la sécession de la plèbe qui provoqua la loi Hortensia, alors entre 465 et 468, qui, en tout cas, est connue des jurisconsultes du début du VII[e] siècle ; la loi Plaetoria sur les tromperies commises à l'encontre des mineurs de 25 ans, signalée comme récente dans le *Pseudulus* de Plaute représenté en 563 ; enfin la loi Atinia, sur l'usucapion des choses volées, citée comme récente par les jurisconsultes de la fin du VI[e] siècle et du début du VII[e].

En matière de procédure civile, on retrouve d'abord la loi Poetelia

nous fait être surtout renseignés, en dehors des derniers temps de la République, sur la période à laquelle s'arrêtent les manuscrits de Tite-Live, qui, après une lacune s'étendant de l'an 461 à l'an 536 de Rome, finissent à l'an 587. Par suite, les choix ont surtout été faits dans la période pour laquelle nous l'avons, dans le IV[e], le V[e] et le VI[e] siècles, alors que les lois dont la date est certaine se placent presque toutes entre le milieu du VI[e] siècle et du VII[e], qu'il y en a seulement deux ou trois auparavant, qu'en bonne logique ce serait donc là qu'on devrait placer la plupart. Scientifiquement la date d'une loi, quand elle ne nous est pas rapportée par des témoignages directs, doit être déterminée approximativement par l'établissement de termes extrêmes, en dégageant du fond des institutions le moment où elle ne peut pas encore exister et celui où elle existe déjà nécessairement. C'est en partant de ce principe que nous avons déjà posé ailleurs (*Mélanges*, I, p. 462 et ss. ; cf. pp. 458-461) et que nous avons essayé d'appliquer à la loi Aebutia (*Mélanges*, I, pp. 65-174), qu'ont été déterminées les diverses dates qui sont indiquées ici et dont chacune sera justifiée en son lieu. Le relevé chronologique des lois romaines dont le nom nous a été transmis, donné par M. Rotondi, *Enciclopedia giuridica Italiana*, v° *Leges publicae populi Romani*, Milan, 1912, est le plus récemment paru et l'un des plus satisfaisants.

Papiria de 428, qui, en même temps qu'elle adoucit la condition des débiteurs, enleva la *manus injectio* aux créanciers *ex nexo* ; puis, comme ayant établi la *manus injectio* avec des variantes, plusieurs des lois précitées, les lois Furiae sur le cautionnement et les legs, la loi Publilia ; ensuite une loi très importante sur la *manus injectio*, la loi Vallia, qui se place probablement vers la fin du VIe siècle et qui décida que, presque dans tous les cas, le défendeur à la *manus injectio* pourrait être son propre *vindex*, y répondre lui-même en courant les mêmes risques que le *vindex*. Enfin le système des Actions de la loi fut complété, à une époque très indécise, par la création d'une cinquième Action de la loi, la *condictio*, établie en matière de somme d'argent (*certa pecunia*) par une loi Silia et en matière d'autre chose déterminée (*de alia certa re*) par une loi Calpurnia.

La dernière loi sur la procédure qui se place dans notre période est une loi de portée capitale non seulement pour la procédure, mais pour le droit privé, où, par les nouveaux pouvoirs qu'en tira le magistrat, elle rendit l'intervention du législateur à peu près inutile : la loi Aebutia. Elle a introduit un nouveau système de procédure, la procédure formulaire, — à notre avis, en laissant aux parties le droit de choisir sous le contrôle du préteur entre la procédure ancienne et la procédure nouvelle, — et elle se place, croyons-nous, sûrement dans le premier tiers du VIIe siècle, entre l'an 605, auquel et même un peu après lequel la procédure ancienne existe encore seule, et l'an 628, à partir duquel surgissent les preuves de la procédure nouvelle. Le trait caractéristique dont elle tire son nom est la *formula*, petit programme du procès rédigé par le magistrat sur la demande des parties, qui indique au juge ce qu'il devra faire selon qu'il vérifiera ou non l'existence de la prétention du demandeur, qui, dans la rédaction la plus simple, dit qu'il devra condamner au premier cas et absoudre au second : *si paret... condemnato, si non paret absolvito* [1].

1. Cette formule contient, outre la nomination du juge : *Titius judex esto*, une *intentio* : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium centum milia dare oportere* et une *condemnatio* : *condemnato, si non paret absolvito* (et non pas, croyons-nous aujourd'hui : *condemna, si non paret absolve*). Des formules encore plus simples, celles des *praejudicia* ne contiennent que la nomination du juge et une *intentio* : *Titius judex esto an Numerius Negidius Auli Agerii libertus sit*. D'autres, par exemple celles des actions de bonne foi, contiennent outre la nomination du juge, avant l'*intentio* et la *condemnatio*, une *demonstratio* précisant la cause du droit : *Titius judex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit* ; *quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio ex bona fide dare facere oportere* ; *judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito*. Les formules des actions en partage et en bornage contiennent seules en outre une *adjudicatio* donnant au juge le pouvoir de transférer la propriété entre les parties : *Quantum adjudicari oportet, judex adjudicato*. Ce sont là les quatre parties principales de la formule : *demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio*. A côté d'elles, une même formule peut, selon les circonstances, contenir ou non certaines parties accessoires, par exemple des *praescriptiones*, mises en tête soit dans l'in-

II. Édits des magistrats[1].— Les édits sont des communications adressées au public, qui d'après l'étymologie (*ex dicere*), ont d'abord été orales et qui, dans le sens postérieur du mot, sont en outre publiées par voie d'affiches. Dans cette acception large, les édits pourraient venir de n'importe qui, même de particuliers, et il n'est pas impossible de relever des textes dans ce sens. Mais, sans avoir peut-être un caractère absolument différent, ils prennent naturellement une tout autre portée quand ils émanent d'autorités publiques qui y recourent pour obtenir soit à l'égard de tous, soit à l'égard de quelques-uns, l'effet qui résulterait de notifications individuelles. Et c'est à ce point de vue qu'on se place pour parler des autorités qui ont le *jus edicendi* ou pour énumérer les édits qui nous ont été transmis[2].

Seulement les édits ainsi entendus ne sont pas une source du droit. C'est par le développement d'une de leurs variétés, des édits d'entrée en charge, que les édits de certains magistrats, des magistrats chargés de la justice civile, sont devenus, à partir d'un événement législatif déterminé, à partir du vote de la loi Aebutia, une source du droit très abondante, celle qui a mis le droit prétorien à côté du droit civil.

Les magistrats romains d'un certain rang, les consuls, les censeurs, les préteurs, les gouverneurs de province par exemple, avaient coutume de publier à leur entrée en charge une espèce de manifeste où ils se présentaient à leurs administrés en leur faisant part de leurs titres et de leurs projets. Ce n'étaient là d'abord que des espèces de proclamations assez vagues, de professions de foi publiées après coup, dans lesquelles il était souvent plus question des liens de famille ou des actes passés du nouveau magistrat que de ses actes futurs, qui en tous cas ne le liaient pas plus que les professions de foi modernes. Mais, tandis que ces édits d'entrée en charge ont toujours gardé le même caractère pour les consuls et les censeurs, ceux des magistrats judiciaires, préteurs urbain et pérégrin et édiles curules à Rome, gouverneurs et questeurs faisant à côté d'eux fonctions d'édiles curules dans les provinces, ont pris depuis la loi Aebutia un rôle tout différent correspondant à l'accroissement des pouvoirs des magistrats[3].

térêt du demandeur, soit dans l'intérêt du défendeur, par exemple des *exceptiones* soumettant au juge une seconde question dans l'intérêt du défendeur, des *replicationes* lui en soumettant une troisième dans l'intérêt du demandeur, etc. Cf. Gaius, 4, 39-44. 115. 137 et les explications données dans notre livre IV.

1. Krueger, *Sources*, p. 40 et ss. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, §§ 26-27. V. plus loin, dans le livre IV, le chapitre de la procédure formulaire.

2. V. sur le *jus edicendi*, Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 230 et ss. Exemples des principaux édits qui nous ont été transmis, *Textes*, p. 172 et ss.

3. Gaius, 1, 6 (cf. Justinien, *Inst.*, 1, 2, *De j. nat.*, 7) : *Amplissimum jus est in edictis duorum praetorum urbani et peregrini, quorum in provinciis juris dictionem praesides earum habent : item in edictis aedilium curulium, quorum juris dictionem in provinciis populi Romani quaestores habent.* 4, 11 : *Tunc* (au temps des Actions de la loi) *edicta praetorum quibus conplures actiones introductae sunt in usu non erant.*

Jusqu'alors les magistrats judiciaires, n'ayant guère qu'à donner à l'accomplissement de la *legis actio* une assistance prescrite par la loi, n'avaient pu promettre dans leurs édits des réformes judiciaires qui étaient en dehors de leurs pouvoirs. Tout au plus les préteurs ont-ils pu déjà promettre, comme on admet communément surtout en vertu de considérations théoriques, de suppléer aux lacunes du droit, à l'aide de leurs pouvoirs de police générale, en recourant à deux ou trois procédés que nous retrouverons souvent : les *missiones in possessionem,* où, pour peser sur la volonté d'une personne, par exemple pour la faire sortir d'un endroit où elle se cache, on permet à une autre de s'installer sur un de ses biens ; les stipulations prétoriennes, où le magistrat la contraint à prendre par contrat verbal un engagement nécessaire à la sécurité d'un tiers ; les interdits, ordres qu'il adresse à une personne sur la demande d'un intéressé en défendant d'y contrevenir. Mais ils ne peuvent ni promettre de donner des actions que la loi ne donne pas, ni promettre de refuser celles qu'elle donne. Et c'est vrai, croyons-nous, non seulement pour le préteur urbain, mais pour les gouverneurs, les édiles et le préteur pérégrin, au moins par rapport aux citoyens romains qui ne peuvent ni être dépouillés des actions que la loi leur donne, ni être poursuivis par des actions qu'elle ne donne pas contre eux.

Au contraire, depuis la loi Aebutia, les magistrats ont acquis des pouvoirs nouveaux. Cette loi mettait à côté de la *legis actio* la formule, en permettant aux parties de choisir entre les deux, sous le contrôle du magistrat. Elle chargeait, par conséquent, le magistrat de transposer, le cas échéant, en formules les paroles sacramentelles antérieurement prononcées par les plaideurs pour lier chacun des procès connus, et par là même elle lui donnait une autorité toute nouvelle sur les procès, sur l'ancienne *legis actio*, qui ne pouvait plus être intentée sans son assentiment, comme sur la formule, qui tirait de lui son existence. Elle lui ouvrait, probablement d'une façon plus inconsciente que calculée, la voie des réformes législatives, en lui permettant d'étouffer les prétentions fondées sur la loi lorsqu'il refuserait la *legis actio* sans délivrer de formule corrélative [1], en lui permettant à l'inverse de sanctionner des prétentions sans base légale lorsqu'il délivrerait des formules ne correspondant qu'imparfaitement ou ne correspondant pas du tout aux lois existantes. Et c'est précisément l'exercice de ce pouvoir fait par le magistrat, en particulier par le préteur, qui a donné une importance nouvelle à son édit d'entrée en charge, manifeste technique et précis dans lequel il expose le programme de son administration judiciaire.

1. C'est la *denegatio legis actionis* qu'on fait souvent remonter au temps des Actions de la loi, mais dont les exemples connus sont tous postérieurs à la loi Aebutia et qui, à notre sens, aurait auparavant constitué une forfaiture de la part du magistrat (*Org. jud.*, 1, pp. 195-198 ; *Mélanges*, 1, pp. 76, n. 1 ; 90, n. 2 ; 137-146).

En moins d'un siècle ce programme appelé *edictum perpetuum*, — c'est-à-dire édit permanent, rendu pour toute l'année d'exercice, par opposition aux *edicta repentina*, motivés par des circonstances accidentelles, — est devenu une longue ordonnance affichée auprès du tribunal du magistrat, sur des tables de bois blanc (*album*). Le magistrat y donne, d'une part, les modèles concrets des moyens qui pourront lui être demandés (*formulae*) [1] et, d'autre part, il y indique dans quelles conditions il les accordera ou les refusera (*edicta* au sens étroit) [2], en rédigeant des formules à la fois pour les actions données par la loi (actions civiles) et pour celles données par lui, mais en ne prenant la parole dans ses édits que pour les moyens créés par lui qui sont les seuls qu'il ait à promettre [3] et qui comprennent désormais non plus seulement les *missiones in possessionem*, les stipulations prétoriennes, les interdits, mais quantité d'autres instruments de procédure, des actions prétoriennes, des exceptions, des prescriptions, des *restitutiones in integrum*. Il annonce par exemple que, tandis que selon le droit civil l'engagement obtenu par dol est néanmoins valable, il permettra à la victime du dol d'échapper à l'action née de cet engagement, notamment par l'insertion dans la formule de l'action d'une clause selon laquelle le juge devra condamner seulement *si in ea re nihil dolo malo Auli Ageri* (nom conventionnel du demandeur) *factum sit neque fiat* (*exceptio doli mali*) ; — que, tandis que la victime d'un vol ne peut d'après la loi civile réclamer l'amende due par le voleur qu'autant qu'ils sont tous deux citoyens, il donnera néanmoins l'action quand les autres conditions seront réunies en disant au juge de statuer comme si les parties avaient la qualité de citoyens, en supposant fictivement cette qualité (action fictice prétorienne) ; — que, tandis que le droit civil ignore la constitution d'hypothèque, il donnera au créancier auquel une chose aura été conventionnellement affectée à titre de sûreté une action pour en réclamer la possession de tout détenteur (action *in factum* prétorienne) ; — que, tandis que le droit civil tient pour éteintes par une mort civile, une *capitis deminutio*, les dettes de celui qui s'est donné en adrogation, il remettra au profit des créanciers les choses dans l'état où elles seraient s'il n'y avait jamais eu de *capitis deminutio* (*restitutio in integrum*).

Ces différentes dispositions introduites successivement par les divers préteurs et dont plusieurs ont gardé dans leur nom le souvenir de

1. Exemples, Gaius, 4, 37. Loi Rubria, c. 20.

2. Ainsi *judicium dabo*, *actionem non dabo*, *possessionem dabo*, *promitti jubebo*, *in integrum restituam*, etc. V. les édits conservés, *Textes*, p. 137 et ss.

3. Cette différence entre les actions civiles, dont le préteur donne seulement la formule, et les actions prétoriennes, qu'il promet expressément avant d'en donner la formule, a été particulièrement mise en lumière par M. Wlassak, *Edict und Klageform*, 1882, et a été très fortement confirmée par les recherches de M. Lenel sur l'édit de Julien (p. 55, n. 1).

leurs auteurs [1], constituent en face du droit civil le droit prétorien, ou plus largement, en embrassant les édits de tous les magistrats judiciaires, le droit honoraire [2], établi, disent les Romains, pour seconder, compléter ou corriger le droit civil [3] et dont le fondement juridique est, à notre sens, non pas, comme on a dit surtout autrefois, dans une heureuse usurpation du préteur et des magistrats similaires, ni, comme on dit encore, dans une délégation à leur profit du pouvoir législatif qui n'a jamais eu lieu, ni même dans l'exercice fait par eux de leurs pouvoirs généraux de magistrats, mais dans l'exercice fait par eux du pouvoir spécial d'organiser les procès, que leur avait conféré la loi Aebutia.

Les règles du droit prétorien se distinguent extérieurement, dans l'Album, de celles du droit civil, par le fait matériel et tangible de l'existence d'édits les établissant qui, plus que tout autre, a dû souligner l'opposition. Elles en diffèrent en outre par trois infériorités apparentes : 1° Tandis que la loi est perpétuelle, l'édit ne pouvait être invoqué que pendant l'année d'exercice du magistrat qui l'avait rendu, et encore, même durant cette année, n'était-il rigoureusement obligatoire pour son auteur que depuis une loi Cornelia de 687 qui défendit aux magistrats de manquer aux engagements pris par eux envers les justiciables dans leurs édits [4]. — 2° A la différence de la loi, qui s'étend à tout le territoire de l'empire, l'édit, dont le rôle législatif n'est pas plus ancien que le système des compétences limitées, ne s'applique qu'au ressort du magistrat qui l'a rendu. — 3° Enfin, à la différence des lois, les édits ne peuvent directement ni abroger une règle de droit ni en créer une nouvelle ; ils peuvent seulement aboutir pratiquement au même résultat, neutraliser pratiquement la loi qui existe, remplacer pratiquement la loi qui fait défaut. Celui qui s'est obligé par dol est débiteur *jure civili* ; le préteur ne dit pas qu'il ne le sera plus ; il dit seulement : *Exceptionem dabo*, ou peut-être plutôt : *Actionem non dabo*. La *capitis deminutio* éteint les dettes ; le préteur ne dit pas qu'elle ne les éteindra pas ; il dit seulement : *In integrum restituam*. De même, quand il appelle un héritier que la loi n'appelle pas, il ne dit pas : *Heres esto, familiam habeto*, il dit : *Bonorum possessionem dabo*. Il ne peut ni

1. *Formulae Rutiliana, Octaviana, Fabiana. Actiones Pauliana, Publiciana. Judicium Cascellianum. Edictum Carbonianum. Interdictum Salvianum*, par exemple.

2. D'*honos*, magistrature, *Inst.*, 1, 2, *De j. nat.*, 7. Cf. cependant Krueger, *Sources*, p. 46, n. 1.

3. Papinien, *D.*, 1, 1, *De j. et j.*, 7, 1 : *Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam.* Cf. Marcien, *D.*, *h. t.*, 8.

4. Asconius, *in Ciceronem, Pro Cornel.* (éd. Stangl, 1912, p. 48) : *Aliam deinde legem Cornelius* (tr. pl. 687) *etsi nemo repugnare ausus est multis tamen invitis tulit : ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent : quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie jus dicere assueverant sustulit.* Auparavant, le préteur, *qui aliter ut edixerat decernit*, peut être arrêté par l'intercession de son collègue. V. Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 46, 119, et Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 237.

faire ni défaire du droit civil. Il peut seulement permettre de se passer de la loi qui le ferait ou le déferait.

Mais ces infériorités ne sont que des apparences. Quant à la dernière, l'édit, par ses voies obliques de procédure, arrive aussi sûrement à son but que la loi par ses dispositions directes et, au cas de conflit, c'est lui qui prévaut. Si l'édit ne s'appliquait en droit qu'au cercle de la compétence de son auteur, en fait les dispositions des édits de la capitale étaient reproduites dans chaque province par les magistrats placés à la tête de la justice, en sorte qu'il n'y avait d'autres différences que celles rendues avantageuses par les conditions locales [1]. Enfin, si en droit l'édit ne durait qu'un an, ce qui avait encore l'avantage de laisser tomber d'elles-mêmes les dispositions malheureuses, l'édit du magistrat sortant était immédiatement remplacé par celui du magistrat entrant où reparaissaient les dispositions consacrées par l'expérience des édits des magistrats antérieurs. Cette *pars translaticia*, transmise de magistrat à magistrat, a nécessairement toujours formé une portion plus considérable de l'édit total en face de la *pars nova* constituée par les créations du magistrat actuel [2]. En réalité, l'édit contenait déjà probablement à la fin de la République la grande majorité des règles qui devaient figurer dans sa rédaction définitive [3].

III. La science du droit sous la République [4]. — A Rome comme ailleurs, le droit, une fois exprimé dans sa forme abstraite par la loi, a eu besoin d'être interprété par des hommes compétents (*juris prudentes*) qui en fissent l'application aux espèces concrètes. L'interpré-

1. Cicéron rapporte, *Ad Att.*, 6, 1, 15, que, dans son édit de Cilicie, après avoir précisé certains points relatifs au droit local ou demandant une réglementation spéciale, il a renvoyé pour le surplus aux édits urbains. Cf. *Ad fam.*, 3, 8, 4.

2. Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 44, 114 : *Hoc edictum vetus translaticiumque est.* 45, 115 : *In re vetere edictum novum*, 45, 117 : *Hoc edictum translaticium esse. Ad Att.*, 5, 21, 11 : *Cum ego in edicto translaticio... haberem.* La prédominance de la *pars translaticia* sur la *pars nova* résulte aussi de l'apparition des commentaires ; le premier est celui en deux livres de Ser. Sulpicius, consul en 703, mort en 711.

3. On pourrait seulement chercher : 1° dans quel ordre chronologique les diverses dispositions de l'édit ont été introduites. C'est une question sur laquelle il y a beaucoup de documents épars, mais il n'y a pas encore d'autre travail d'ensemble qu'une très courte étude, d'ailleurs intéressante, de M. Dernburg, *Festgabe für Heffter*, 1873, p. 93 et ss. ; 2° quelle était alors la disposition matérielle de l'édit. Je crois avoir établi, *Mélanges*, 1, pp. 197-203 ; cf. pp. 299-303, par les débris de l'édit prétorien antérieur à Julien et notamment par ceux contenus dans le recueil de Valerius Probus (p. 68, n. 1), que les divers édits au sens strict étaient déjà placés, dans l'Album, à la fin de la République, dans l'ordre qu'ils ont conservé, mais que, comme l'avait conjecturé M. Wlassak, *Edict und Klageform*, 1882, les formules d'action étaient, avant Julien, dans un appendice semblable à ceux des exceptions, des interdits et des stipulations prétoriennes (p. 55) duquel elles ont été transportées dans le corps de l'édit par Julien.

4. Krueger, *Sources*, §§ 4. 7-9. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, §§ 16, 17, 28-30. Cf. P. Joers, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, 1 (jusqu'aux Catons), 1888. Bremer, *Jurisprudentia antehadriana*, 1 (temps de la République), 1896.

tation du droit, la science du droit (*juris prudentia, jus civile* au sens strict [1]) a, dans la période qui s'étend de la rédaction des XII Tables à la fin de la République, passé par trois phases successives : une phase ésotérique, où le droit est tenu secret, une phase de vulgarisation, où l'on en répand la connaissance d'une manière pratique, sans souci d'ordre théorique d'exposition, et une phase de systématisation, où apparaissent les premiers ouvrages de doctrine composés d'après un plan d'ensemble.

La première phase, qui va jusqu'au milieu du V[e] siècle, est secrète, d'après une tradition romaine très précise. La science du droit est alors, au moins en fait et très généralement, le monopole des pontifes [2]. Par suite des rapports du droit privé et de la religion, par suite de l'influence du calendrier sur la justice, par suite aussi peut-être du caractère religieux primitif du *sacramentum*, ils avaient certainement, malgré des

1. M. Ehrlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, 1, 1902, a fait ressortir ce sens, le plus étroit et probablement le plus ancien, du mot *jus civile*, signalé notamment par Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 12 : *Est proprium jus civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* et dans lequel des textes anciens paraissent opposer directement le droit civil ainsi conçu au droit positif résultant par exemple du vote des comices (v. par ex. Cicéron, *Orator*, 34, 120 : *Quid est enim turpius quam legitimarum et civilium controversiarum patrocinia suscipere, cum sis legum et civilis juris ignarus ?*). Et on peut admettre avec lui que c'est par opposition au droit prétorien que le terme est arrivé à prendre une portée plus large englobant le droit résultant des lois, des sénatus-consultes, des constitutions impériales. Il nous semble seulement aller bien loin en soutenant que le sens étroit aurait seul existé jusqu'au temps des Sévères. Non seulement il est obligé de reconnaître que le mot est employé dès auparavant dans l'acceptation large pour viser des dispositions législatives se rapportant à la matière des successions ou provenant des XII Tables, et il n'arrive pas à écarter un texte de Papinien, *D.*, 1, 1, *De j. et j.*, 7, 1, qui définit déjà positivement le *jus civile* comme embrassant à la fois les lois, les sénatus-consultes, les constitutions impériales et les décisions des jurisconsultes ; mais le texte de Pomponius, qui indique le sens étroit au § 12, paraît bien lui opposer le sens large au § 5, où il dit que la *disputatio fori* et le droit fait par les prudents *propria parte* (*appellatione ?*) *aliqua non appellatur ut ceterae partes juris suis nominibus designantur... sed communi nomine appellatur jus civile*, c'est-à-dire, dans la traduction la plus naturelle, que, tandis que les autres sources du droit civil ont, à côté de ce nom général commun, un nom particulier, le droit fait par les jurisconsultes est exclusivement désigné par ce nom général, et il n'est pas impossible que l'opposition entre le droit civil au sens large et le droit prétorien soit déjà dans Cicéron, *Pro Caecina*, 12, 34 : *Nam, quid agas mecum, ex jure civili ac praetorio non habes ?* Cela se concilie parfaitement avec l'explication du changement proposée par M. Ehrlich, si on remarque que les circonstances qui ont dû donner au mot le sens large nouveau ont existé non pas seulement depuis que l'édit est codifié, comme il est au temps de Pomponius, mais depuis qu'il a commencé à prendre une certaine importance, comme cela était dès le temps de Cicéron. Cf. Kipp, *Geschichte der Quellen*, p. 107, n. 33. Lambert, *Mélanges Appleton*, 1903, p. 554, n. 1. Erman, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 421-440. 25, 1904, pp. 316-352, et les réponses de M. Ehrlich aux deux articles de M. Erman, *Zeitschrift* de Grünhut, 1904, pp. 331-364. 1905, pp. 599-612.

2. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 6 : *Harum* (*XII tab.*) *et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant.*

obscurités multiples, une action sérieuse sur la pratique, et on s'explique aisément qu'ils aient cherché à faire de la connaissance de cette pratique une sorte de science secrète, de monopole de leur corps.

Assurément les écrivains des temps postérieurs exagèrent en disant que tout le droit était tenu caché par les pontifes [1]. Il était public dans sa forme abstraite, puisque les XII Tables étaient affichées sur le *comitium*. Il était public dans son application concrète, puisque la justice se rendait publiquement au même lieu. Mais il y a derrière l'exagération une vérité. En fait, le droit était, dans sa mise en œuvre, inconnu du peuple. Un homme du peuple romain eût été, a-t-on écrit, aussi embarrassé pour appliquer les XII Tables à une situation donnée qu'un homme du peuple d'aujourd'hui pour se servir d'une table de logarithmes. Donc, de même que les Romains allèrent plus tard consulter les jurisconsultes laïques pour connaître les formes selon lesquelles contracter les actes, faire les procès, ils allaient à l'époque ancienne trouver pour cela les pontifes [2]. A la différence des consultants postérieurs, ceux d'alors n'ont pas laissé de nom. Leur œuvre a été anonyme en même temps qu'elle a été collective et précisément pour cela. Mais elle n'en a pas moins été considérable.

Les pontifes ont en réalité, depuis les XII Tables, comme auparavant déjà sans doute, concentré dans leurs mains la science du droit jusqu'au milieu du Ve siècle. Et, ainsi qu'il arrive toujours à la doctrine et à la pratique, ils ont, par voie d'interprétation, sous le coup des besoins journaliers, créé beaucoup de droit nouveau, tout le droit nouveau qui a été fait dans cette période, où nous n'avons pas de traces de lois relatives au droit privé, où l'activité du préteur qui ne date sérieusement que de la loi Aebutia n'a pas commencé. C'est ainsi qu'ils ont probablement créé alors toutes les institutions d'expédient tirées de l'emploi d'un rouage légal à un but différent de son but normal, qui sont fort nombreuses dans l'ancien droit romain et qui comprennent par exemple l'affranchissement, l'*in jure cessio*, l'émancipation, l'adoption, le testament *per aes et libram*, bien d'autres actes encore.

Cette première phase finit, la seconde commence au milieu du Ve siècle, par un événement très connu : la divulgation des formules par Cn. Flavius, scribe du célèbre Appius Claudius Caecus [3] et fils d'un de ses affranchis. Il publia, dans un recueil appelé *Jus Flavianum*, les formules des *legis actiones*, qu'il aurait, dit-on, dérobées à son patron, que

1. Tite-Live, 9, 46, 5 : *Jus civile reconditum in penetralibus pontificum*. Cf. Cicéron, *De or.*, 1, 41, 186.

2. C'est sans doute à ces consultations que se rapporte l'allégation peu claire de Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 6, sur le collège des pontifes *ex quibus constituebatur quis quoquo anno praeesset privatis*.

3. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 7. Tite-Live, 9, 46, 5. Cicéron, *Ad Att.*, 6, 1, 8. *Pro Mur.*, 11, 25. Pline, *N. H.*, 33, 1, 17.

d'après les tendances du patron, celui-ci doit plutôt avoir publiées par son intermédiaire. Il fut nommé en récompense édile curule pour l'an 450, ce qui implique que la publication eut lieu un peu avant 450. En outre, il est représenté comme ayant affiché le calendrier de manière à dispenser de recourir aux pontifes pour connaître les jours judiciaires, ce qui paraît un second acte distinct, fait par lui peut-être en qualité d'édile curule en 450. — On peut rapprocher de la conduite de Flavius celle du premier grand pontife plébéien, Ti. Coruncanius, consul en 474, qui fut le premier à *publice profiteri* [1], c'est-à-dire probablement à rendre ses consultations en public, devant des auditeurs qui pouvaient en prendre note et acquérir ainsi progressivement une instruction juridique d'ensemble, suivant une méthode qui fut pendant longtemps la seule forme sérieuse d'enseignement du droit [2].

Depuis lors, la science du droit se sécularise, ceux qui veulent s'attirer la faveur du peuple et arriver par là aux magistratures peuvent se mettre à délivrer à tout venant des consultations, particulièrement indispensables à cause du caractère formaliste du droit et de la procédure, et particulièrement demandées à raison de leur gratuité qui contribuait sans doute à faire plus volontiers aller trouver les jurisconsultes que les hommes de loi modernes. On trouve des exemples de leur rôle social dans des anecdotes telles que celles de Scipion Nasica, à qui le sénat concéda une maison sur la voie sacrée pour qu'il y fût plus commodément à la disposition des demandeurs de consultations, ou de C. Figulus, qui voulut se servir de sa popularité de consultant pour se faire nommer consul [3].

La consultation (*respondere*), à côté de laquelle on met encore la rédaction des actes (*cavere*) et même parfois la direction des procès (*agere*) [4], fut probablement la principale occupation de la plupart des jurisconsultes de la même époque et du siècle suivant parmi lesquels nous citerons seulement : Sex. Aelius Paetus Catus, consul en 556, M. Porcius Cato, le censeur (520-605), son fils, M. Porcius Cato Licinianus, mort en 602, puis trois hommes qui nous sont représentés comme ayant fondé le droit civil [5] : M'. Manilius, consul en 605, P. Mucius Scaevola, consul en 621, et M. Junius Brutus, à peu près leur contemporain ; enfin P. Rutilius Rufus, consul en 649, préteur au plus tard

1. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 35. 38.
2. V. sur cette forme d'enseignement Cicéron, *Orat.*, 42, 143. *Brut.*, 89, 306 : (Q. Mucius Scaevola) *nemini se ad docendum dabat, tamen consultantibus respondendo studiosos audiendi docebat.*
2. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 37. Valère Maxime, 9, 3, 2. Cf. Cicéron, *De off.*, 2, 19, 65.
4. Cicéron, *De orat.*, 1, 48, 212. Ailleurs, par exemple *De off.*, 2, 19, 65, il ne parle que de consulter et de *cavere*. Cf. *Pro Murena*, 9, 19 (à propos de Ser. Sulpicius) : *Urbana militia respondendi scribendi cavendi.*
5. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 39.

en 636, le premier jurisconsulte dont le nom soit mêlé à l'histoire de l'édit tel qu'il se développa après la loi Aebutia. Ces jurisconsultes ont publié quelques ouvrages : Sex. Aelius, des *tripertita* exposant, soit successivement, soit au sujet de chaque institution, les XII Tables, l'*interpretatio* et les *legis actiones* et un *jus Aelianum*, dont on se demande s'il faut y voir un ouvrage distinct ou la troisième partie des *tripertita* ou même une invention d'écrivains récents provoquée par la symétrie du *jus Flavianum* : M'. Manilius, un recueil de formules ; P. Mucius Scaevola, un ouvrage en dix livres ; enfin Brutus, trois livres *de jure civili* composés un peu gauchement, à l'imitation des philosophes grecs, sous la forme d'entretiens avec son fils. Mais, sauf peut-être celui de Brutus, ces écrits avaient encore sans doute un caractère purement pratique, étaient de simples recueils de recettes et de précédents, compilés sans vue systématique [1].

La troisième période commence avec le fils de P. Mucius Scaevola, Q. Mucius Scaevola, gouverneur d'Asie, consul en 659, tué en 672 par les partisans de Marius. Il composa un *jus civile* en 18 livres, qui a été, selon toute vraisemblance, la première exposition méthodique du droit civil, dont le plan a ensuite inspiré celui du *jus civile* de Sabinus et qui a été fréquemment cité et commenté par les auteurs du temps de l'Empire [2]. Il nous suffira de nommer parmi les jurisconsultes postérieurs qui ont continué à marcher dans la même voie : Aquilius Gallus, préteur en 688 ; Servius Sulpicius, consul en 703, mort en 711, auteur en particulier du premier commentaire sur l'édit (deux livres *ad edictum*) et qui a eu pour élèves presque tous les jurisconsultes de la fin de la République, notamment Alfenus Varus, consul suffect en 715, et Aulus Ofilius, familier de César, qui écrivit aussi un commentaire sur l'édit ; enfin Cascellius, qui fut probablement préteur après la mort de César, C. Trebatius Testa, dont la vie se prolongea de longues années sous le règne d'Auguste, et Q. Aelius Tubero, qui abandonna le barreau pour la science après avoir été battu par Cicéron dans l'accusation formée par lui contre Q. Ligarius [3].

---

1. On doit sans doute aussi à l'activité des auteurs de cette période, fréquemment désignés par les jurisconsultes du temps de l'Empire du nom de *veteres*, une forte part des règles générales formulées en maximes que nous rapportent ces derniers et dont quelques-unes ont même gardé le nom de leur inventeur (*regula Catoniana*, *praesumptio Muciana*, par ex.). V. sur ces *regulae*, Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, § 30.

2. V. sur le plan de cet ouvrage, Lenel, *Das Sabinussystem*, 1892, p. 10 et ss.

3. Les citations directes ou indirectes, que nous possédons des écrits juridiques des divers jurisconsultes et qui particulièrement depuis Q. Mucius Scaevola sont assez abondantes pour permettre des recherches sérieuses, sont réunis sous le nom de chacun dans Lenel, *Palingenesia juris civilis*. Huschke et Bremer donnent en outre un certain nombre de fragments relatifs au droit public et religieux écartés par le plan de Lenel. Nous renvoyons pour une histoire

CHAPITRE III. — L'EMPIRE.

SECTION I. — Le Principat.

En le faisant commencer en l'an 727 de Rome = 27 avant Jésus-Christ et finir à l'avènement de Dioclétien en l'an 284, le Principat fondé par Auguste occupe dans l'histoire romaine une période de plus de trois cents ans. C'est celle sur le droit de laquelle nous avons le plus de documents, celle aussi où ont vécu les jurisconsultes les plus célèbres, celle par suite où l'histoire du droit et de ses interprètes requiert le plus de développements. Quelques mots suffiront au contraire pour donner une notion d'ensemble de la constitution politique.

plus détaillée de leur vie et de leurs œuvres aux ouvrages précités de Krueger, de Bruns-Lenel et de Bremer. — Pour une énumération complète des instruments d'étude juridique laissés par le temps de la République, il nous resterait à signaler, à côté des débris des lois, des sénatus-consultes, des édits de magistrats et des écrits de jurisconsultes,qui ont été conservés,sinon les titres pratiques concrets qui font pour cette période à peu près entièrement défaut (v. seulement le marché de construction de Pouzzoles de 649, *Textes*, p. 833), au moins les matériaux fournis par la littérature générale. Parmi eux, l'histoire de Polybe, mort en 627, qui va de la première guerre punique à la chute de Carthage et de Corinthe, est une source historique excellente, mais plus riche pour le droit public que pour le droit privé. Le traité d'économie rurale (*de re rustica*) de Caton contient notamment aux c. 144-145, des formulaires très instructifs pour l'histoire des origines du louage et de la société (Bruns, *Fontes*, 2, pp. 47-51 ; cf. Bekker, *Z. R. G.*, 3, 1864, pp. 416-445). Il y a aussi beaucoup de renseignements précieux dans les ouvrages de Varron mort en 727, par exemple dans les formulaires de ventes d'esclaves et d'animaux de son traité *de re rustica* (passages relatifs au droit des traités *de lingua Latina* et *de re rustica* dans Bruns, *Fontes*, pp. 51-64). Enfin les deux sources les plus abondantes et d'ailleurs très différentes sont : 1° le théâtre de Plaute, mort en 570 et dont les pièces conservées, qui se placent entre 549 et 570, sont des adaptations romaines de pièces grecques où la trame reste grecque, mais où il y a, surtout dans le détail, beaucoup d'additions prises au matériel juridique romain. Relevé des passages juridiques dans Costa, *Diritto privato Romano nelle comedie di Plauto*, 1890 ; ajouter, pour le théâtre encore plus grec de Térence et pour quelques autres extraits, Bekker, *Z. S. St.*, 14, 1892, pp. 53-118. Cf. Girard, *N. R. H.*, 1893, p. 795-797 ; Dareste, *Nouvelles Etudes*, pp. 149-175 ; Partsch, *Hermes*, 45, 1910, pp. 595-614 et Huvelin, *Etudes sur le furtum*, 1, 1915, pp. 133-236 ; 2° l'œuvre de Cicéron, né en janvier 648, mort en décembre 711, dont non seulement les plaidoyers civils et criminels, mais la correspondance et tous les ouvrages sont une mine exploitée depuis des siècles et presque inépuisable d'informations de droit public et privé. Le livre de de Caqueray, *Explication des passages de droit privé dans les œuvres de Cicéron*, 1857, est vieilli et incomplet ; M. E. Costa vient d'achever la publication d'un nouveau travail d'ensemble (*Cicerone giureconsulto*. I. *Il Diritto privato*, 1911. II. *Il diritto publico*, 1915) publié dans les Mémoires de l'Académie de Bologne de 1908 à 1915. Parmi les innombrables dissertations isolées, nous citerons seulement les commentaires donnés de quelques plaidoyers civils par Keller, *Semestria ad Ciceronem*, 1842-1951, et Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, 2, 1865, pp. 784-841, puis, de notre temps, par M. Roby, *Roman private Law*, 2, 1902, pp. 451-535, qui indique les travaux parus dans l'intervalle.

§ 1. — Organisation des pouvoirs publics [1].

Auguste dit, dans son testament politique, en parlant de l'abdication qu'il fit en l'an 727 de ses pouvoirs extraordinaires pour mettre la constitution nouvelle en vigueur, qu'il fit alors repasser l'Etat de son autorité sous celle du sénat et du peuple [2]. Et, sans aller jusqu'à cette exagération, en invoquant un certain partage d'attributions fait entre le prince et le sénat, on désigne souvent le régime établi par Auguste du nom de *dyarchie*, de gouvernement de l'empereur et du sénat, par opposition au gouvernement d'un seul, à la monarchie de Dioclétien et de Constantin. L'opposition faite entre les deux régimes n'est pas fausse. Le Principat n'est pas encore le despotisme avoué du droit byzantin. Il a le caractère hybride des institutions équivoques destinées à ménager en la forme des transitions déjà arrêtées dans le fond. Mais néanmoins en fait, et même en droit, l'empereur a déjà dans cette période une prépondérance qui sans doute s'est accentuée d'abord avec Hadrien, puis avec les Sévères, mais qui existe en puissance dès Auguste, par la conformation même qu'il donna aux trois termes de la constitution antérieure.

1. *Comices.* Le pouvoir judiciaire des comices qui, par suite du développement de la procédure des *quaestiones*, ne subsistait guère dans les derniers temps de la République, s'évanouit complètement dès Auguste. Quant à leur pouvoir électoral, il survécut bien sous Auguste, mais il leur fut enlevé et fut transféré au sénat dès la première année de Tibère, en l'an 14 après Jésus-Christ [3]. Leur pouvoir législatif lui-même ne résista pas très longtemps. Ils l'avaient encore exercé assez activement sous Auguste et dans la première moitié du règne de Tibère ; depuis ils ne furent plus à même de le faire que rarement ; on rencontre seulement quelques lois comitiales sous Claude et une dernière sous Nerva ; le pouvoir électoral et le pouvoir législatif des comices ne subsistent plus pratiquement, dès avant la fin du règne de Tibère, que dans le vote par acclamation au moyen duquel les comices confirment, à l'avènement du nouvel empereur, le sénatus-consulte proposant de lui conférer la puissance tribunicienne et quelques autres pouvoirs.

2. *Sénat.* Le sénat a hérité du pouvoir électoral des comices et aussi jusqu'à un certain point, verrons-nous, de leur pouvoir législatif. Il

1. Il ne servirait à rien de ponctuer de renvois bibliographiques ces quelques lignes relatives à un régime dont l'exposition a rempli des volumes. Le travail le plus complet et le plus juridique sur le Principat est celui qui compose le tome V du *Droit public* de Mommsen. On consultera aussi avec profit les paragraphes 33 à 38 de Bruns-Lenel. Enfin l'ouvrage bien connu de M. Otto Hirschfeld sur les fonctionnaires administratifs impériaux jusqu'à Dioclétien (*Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*, 2ᵉ éd., 1905) est extrêmement riche en informations précises et savantes sur toutes les branches de l'administration impériale.

2. *Mon. Ancyr.*, 6, 12 : *Rem publicam ex mea potestate in senatus populique Romani arbitrium transtuli.*

3. Tacite, *Ann.*, 1, 15 : *Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt.*

partage avec l'empereur le pouvoir judiciaire. Il a la haute administration des provinces appelées provinces du sénat ou du peuple par opposition aux provinces impériales. Il a aussi les revenus qui viennent de ces provinces qui tombent dans l'*aerarium*, le trésor public, par opposition aux recettes qui vont dans le nouveau trésor du prince, *fiscus principis*. Et c'est surtout en invoquant ce partage d'attributions judiciaires, administratives et financières qu'on a qualifié le système du nom de dyarchie. Mais des deux pouvoirs il y en a un qui est le plus fort, celui du prince qui est devenu non seulement la première des magistratures, mais une magistrature plus forte que les comices et le sénat.

3. *Magistratures*. Le premier magistrat est le prince, l'empereur, sur la tête duquel sont concentrées de nouveau toutes les attributions que la République avait morcelées entre des magistrats divers. Mais il ne faudrait pas voir là un retour à la concentration de pouvoirs qui existait autrefois au profit des rois et des premiers consuls. L'autorité impériale a pour fondement essentiel deux pouvoirs inconnus à l'époque des rois : l'*imperium* proconsulaire, issu du système de la prorogation, et la puissance tribunicienne, issue des institutions plébéiennes. Le prince reçoit l'*imperium* proconsulaire du sénat ou de l'armée ; puis le peuple lui transfère, dans la loi dont nous avons parlé tout à l'heure, — que des textes de basse époque appellent seuls du nom de *lex regia*, — la puissance tribunicienne et un certain nombre d'autres attributions spéciales dont la liste s'est allongée avec le temps. Ce sont là les deux assises nécessaires et suffisantes de sa prédominance. Il est inviolable en vertu de sa puissance tribunicienne qui, à la différence de celle des tribuns, est illimitée dans le temps et dans l'espace. Il est aussi par là au-dessus de tous les magistrats. Il possède, en vertu de son *imperium* proconsulaire, qui est pareillement étendu à tout l'empire, le commandement exclusif de toutes les troupes et le droit de nommer à tous les grades. Il a le droit exclusif de conclure les traités, de faire la paix ou la guerre. Et, sans plus ample énumération, cela aurait suffi pour le mettre au-dessus du sénat, quand bien même la division des provinces, de l'autorité judiciaire et des pouvoirs financiers eût été observée au pied de la lettre. Mais il n'en fut même jamais ainsi ; il eut dès le principe un droit de préférence en cas de conflit, en matière judiciaire ; il s'immisça de bonne heure, en vertu de son *imperium* proconsulaire plus fort, dans l'administration des provinces du sénat, et, au point de vue financier, non seulement il augmenta toujours le cercle des recettes du fisc aux dépens de celui des recettes de l'*aerarium*, mais surtout il arriva, dès le Ier siècle, dès le temps de Néron, à devenir aussi pleinement maître du trésor public, à la tête duquel il mit des préfets de son choix, que de son trésor privé.

A la vérité, les magistrats de la République, consuls, préteurs, tribuns, édiles, questeurs, continuaient toujours à être élus annuellement,

les consuls et les préteurs continuaient à aller, comme gouverneurs, après l'expiration de leurs pouvoirs, dans les provinces du sénat. Mais sans parler de l'action que le prince avait sur leur élection, ces magistrats sont devenus des autorités exclusivement civiles et en sous-ordre dépourvues de tout pouvoir militaire et primées en toute chose par lui et ses agents. Quant aux pouvoirs militaires, les gouverneurs de province eux-mêmes n'en ont aucun ; car il n'y a pas de troupes dans les provinces du sénat, sauf d'abord en Afrique. D'autre part, l'autorité des magistrats du peuple, des anciens magistrats républicains, est partout restreinte par celle de l'empereur et de ses délégués. Ainsi, pour nous en tenir aux magistrats qui intéressent le plus le droit privé, les deux préteurs gardent toujours la justice civile. Mais ils s'en voient enlever des fractions de plus en plus importantes par des agents impériaux nommés par le prince à son gré, pour un temps indéfini, tels que le préfet de l'annone, le préfet de la ville, le préfet des vigiles, le préfet du prétoire, autorités administratives et non plus judiciaires, qui, au lieu de trancher les litiges selon les formes régulières de l'*ordo judiciorum privatorum*, les tranchent sans forme, *extra ordinem*, et qui appliquent, dans des cas de plus en plus fréquents, la procédure qui est devenue celle de droit commun depuis Dioclétien.

§ 2. — Le droit et ses interprètes.

Précisément par suite de son caractère de période de transition, la période du Principat est celle où les sources du droit ont été le plus nombreuses. On y trouve à la fois les sources de la République, lois, coutume et édits, dont aucune n'est entièrement tarie, surtout à son début, et des sources nouvelles, dont l'activité successive correspond au développement logique de l'autorité impériale, d'abord couverte dans ses usurpations par le sénat et ensuite franchement avouée : les sénatus-consultes et les constitutions impériales. Enfin la période du Principat présente une dernière source, d'ordre très différent, qui n'est qu'une manifestation étrange et temporaire de l'influence des jurisconsultes et dont nous rattacherons l'étude à celle de leur activité : les réponses des prudents.

I. Coutume. — La coutume (*usus*, *mos*, *consuetudo*) reste, durant toute cette période, une source du droit en pleine vigueur, également apte à créer du droit nouveau et à effacer du droit existant. C'est même un jurisconsulte de cette période qui a le mieux défini le rôle supplétoire nouveau qu'elle remplit à côté des autres sources, depuis qu'elle n'est plus la seule, depuis qu'il y a une loi écrite [1].

1. Julien, *D.*, 1, 3, *De leg.*, 32, 1. La première phrase est relative à la puissance créatrice de la coutume ; la seconde donne pour raison que le consentement tacite du peuple vaut son consentement exprès ; la troisième affirme la puissance abrogatrice de la coutume. V. aussi Ulpien, *D.*, *h. t.*, 33. Cf. sur les deux textes,

II. Lois. — Le rôle des comices législatifs a presque complètement cessé, avons-nous dit, depuis la seconde moitié du règne de Tibère. Il y a cependant encore dans cette période quelques lois relatives au droit privé, et il y a aussi quelques lois dont le texte nous a été transmis.

Il a été rendu, sous Auguste, un certain nombre de lois relatives au droit privé qui portent son nom et qui ont donc été proposées par lui : les deux lois Juliae signalées par Gaius comme ayant achevé la suppression de la procédure des Actions de la loi commencée par la loi Aebutia, qui sont probablement l'une de l'an 737, l'autre de 737 ou 738 ; la loi Julia *de maritandis ordinibus* placée parfois en 757, en réalité de 736 ; la loi Julia *de adulteriis et de fundo dotali* qui est probablement de l'an 736, qui en tout cas se place avant l'an 738. Il y en a aussi eu de proposées par d'autres magistrats, la loi Papia Poppaea proposée par deux consuls suffects de l'an 762, qui constitue avec la loi Julia *de maritandis ordinibus* le célèbre système des Lois caducaires ; en 757, la loi Aelia Sentia sur les affranchissements, proposée par les consuls Sex. Aelius Catus et C. Sentius ; en 752, la loi Fufia Caninia restrictive des affranchissements testamentaires. Sous Tibère, il n'y a guère à citer que la loi Junia Vellaea qui, si le nom est exactement rapporté, est probablement une loi consulaire de 779 (26 ap. J.-C.) et peut-être la loi sur les affranchissements appelée par Justinien Junia Norbana, qui alors serait à peu près forcément des consuls de l'an 772, mais que les autres textes appellent seulement Junia et que des raisons de fond portent plutôt à placer à la fin de la période précédente, entre 710 et 727. Enfin, parmi les lois de Claude (41-54 ap. J.-C.), la plus intéressante pour le droit privé est la loi Claudia sur la tutelle des femmes.

Parmi les lois dont le texte nous est arrivé directement, la seule *lex rogata*, votée par le peuple, sur la proposition d'un magistrat, qui nous ait été transmise par une inscription, est la loi conférant à Vespasien la puissance tribunicienne et quelques autres pouvoirs, dont la fin nous est parvenue sur une table de bronze. Nous avons de plus, non pas par une inscription, mais dans le traité des aqueducs de Frontin, le texte d'une autre loi plus ancienne, la loi Quinctia de 745, qui est la seule loi dont nous ayons intégralement le préambule, la *praescriptio*, et celle qui prouve le mieux la différence des lois tributes et des plébiscites. Mais nous avons en outre une assez grande quantité de *leges datae* rendues par l'empereur par délégation du peuple. Nous relèverons seulement ici les tables de Malaca et de Salpensa, contenant des fragments étendus des statuts donnés à ces villes latines par Domitien entre les années 81 et 84 et qui sont aussi importantes pour les institutions des villes latines que les bronzes d'Osuna pour celles des cités des citoyens, puis la

A. Pernice, *Z. S. St.*, 20, 1899, pp. 154-162, et, sur la coutume en général, Kipp, pp. 20-26 et les renvois.

collection qui devient toujours plus nombreuse des diplômes militaires, lettres de congé accordant à la fin de leur service la cité, s'ils ne l'avaient pas, ou sans cela certains privilèges à des soldats, et dont chaque soldat gratifié conservait un extrait sur un petit carnet formé de deux tablettes de bronze [1].

III. — Edits des magistrats [2]. — Le pouvoir des magistrats judiciaires de rendre des édits ne fut pas modifié directement par l'établissement du Principat. Mais, en fait, les magistrats perdirent, avec le nouveau régime, leur indépendance, leur esprit d'initiative, et, tandis que les créations spontanées des préteurs avaient été très nombreuses dans le court intervalle d'un siècle environ qui sépare la loi Aebutia de l'avènement d'Auguste, les préteurs postérieurs n'en firent plus que très rarement, presque exclusivement sur l'invitation d'autorités supérieures, en particulier du sénat. En l'absence de pareilles invitations, ils se contentèrent de reproduire les édits de leurs prédécesseurs sans y rien ajouter, en sorte que ces édits devinrent purement *translaticia,* sans aucune *pars nova.*

L'état de fait fut changé en droit, sous le règne d'Hadrien, par une réforme que des témoignages en général assez concordants, quoique de beaucoup postérieurs, rattachent au jurisconsulte Salvius Julien et qui eut pour but de donner une forme légalement définitive à l'édit déjà définitif en pratique, d'en faire une codification précise et officielle. Mais les circonstances et la portée de la réforme ont soulevé entre les auteurs modernes des difficultés que nous devons signaler rapidement [3].

Il est certain que la codification a été faite sous Hadrien, donc, sans préjudice des localisations plus étroites qui peuvent être obtenues par d'autres voies [4], entre l'an 117 et l'an 138. Il est certain aussi qu'elle a

1. On trouvera dans nos *Textes*, la *lex de imperio Vespasiani*, la loi Quinctia, les lois de Malaca et de Salpensa, deux exemples de diplômes militaires et la liste des autres *leges datae*. La collection la plus complète et le meilleur commentaire des diplômes militaires connus jusqu'en 1902 ont été donnés par Mommsen, *C. I. L.*, III, pp. 843-919, *Suppl.* 1893, pp. 1955-2038 et 1902, pp. 2122-2314. 2328, 64-72. Ils étaient alors 112. On en connaît aujourd'hui plus de 120.

2. Krueger, *Sources*, § 13. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, § 38.

3. V. sur les documents, Girard, *Mélanges*, 1, p. 214, n. 2. Les principaux sont les deux constitutions préliminaires du Digeste, *const. Tanta*, § 18, et *const.* Δέδωκεν, § 18 ; Aurelius Victor, *De Caes.*, 19. 1 ; Eutrope, 8, 17.

4. J'ai expliqué, *N. R. H.*, 1910, pp. 5-40 (*Mélanges*, 1, pp. 214-248) dans un article dont les conclusions ont été combattues par M. Appleton, *N. R. H.*, 1910, pp. 731-793, par quel raisonnement elle peut à mon sens être enfermée entre l'an 125 et l'an 128. M. Paul Krueger l'avait déjà placée entre l'an 117 et l'an 129, en partant de son antériorité à l'an 129 avant lequel Julien en a emprunté le plan pour la première partie de ses *Digesta*. La date de 131 donnée par la Chronique de St-Jérome et encore défendue par Ferrini, *Rendiconti dell'Ist. Lombardo*, 1891, pp. 563-564, est, ainsi que Mommsen l'avait signalé dès 1850, une addition arbitraire à Eutrope, 8, 17, qui est en cet article la seule source de Jérôme. V. Girard, *Mélanges*, 1, p. 224, n. 2.

été faite par Julien [1], à un titre ou à un autre, probablement pendant qu'il était questeur du prince, sur un mandat spécial d'Hadrien [2]. Il est certain encore que l'œuvre de Julien fut ratifiée par un sénatus-consulte, qui n'a pas eu pour résultat, comme on l'a dit parfois très inexactement, de lui donner force de loi, car alors la distinction du droit civil et du droit prétorien, qui a duré jusqu'à Justinien, aurait disparu du coup; qui doit avoir eu pour rôle, conformément à l'habitude du sénat d'adresser des injonctions aux magistrats, de prescrire aux magistrats à venir de conformer leurs édits au type établi par Julien. Il est certain enfin que ce type existait à la fois pour l'édit du préteur urbain et pour celui des édiles curules, que la codification s'étendait à l'édit des édiles.

Au contraire, les interprètes ont discuté très vivement : 1° si la codification s'étendait à d'autres magistrats judiciaires, au préteur pérégrin à côté du préteur urbain, aux gouverneurs de provinces à côté des magistrats de Rome ; — 2° dans quelle mesure la réforme de Julien a atteint les pouvoirs des magistrats qu'elle visait, si l'obligation de ne rien changer implique celle de ne rien ajouter, si, dit-on, les magistrats peuvent ajouter des *clausulae novae*, si, dit-on même parfois, ils ont toujours dans cette mesure le *jus edicendi*. Mais ces questions sont, à notre avis, surtout agitées par suite de confusions.

1° Quant au *jus edicendi*, il n'est pas douteux que le magistrat le conserve après comme avant, puisque la réforme lui prescrit précisément d'en user dans un certain sens. Il affiche toujours son édit au début de l'année. Gaius dit encore, au présent, après la réforme, que *jus edicendi habent magistratus populi Romani* [3].

Mais non moins certainement il ne peut pas déroger au système établi par le sénatus-consulte ; car la *compositio edicti* a eu précisément pour but d'empêcher ces changements de forme. Nous croyons même très douteux qu'il puisse ajouter à l'édit des *clausulae novae* ; car les deux constitutions préliminaires du Digeste, qui sont notre principale source, disent qu'au cas de lacune ou d'imperfection, on devra désormais

1. Il n'y a pas, croyons-nous, à s'arrêter à l'allégation d'un ouvrage byzantin du Xe siècle, l'*Epitome legum* de 920, selon laquelle Julien aurait eu un collaborateur nommé Ser. Cornelius, que M. Cuq, *Conseil des empereurs*, 1884, pp. 330-331, a voulu identifier avec un consul de l'an 149, proconsul d'Afrique en 153. Il est probable que, comme on a pensé depuis longtemps, la mention de Ser. Cornelius est le produit d'un amalgame du nom du commentateur de l'édit Servius Sulpicius (p. 42, n. 2) et de celui de l'auteur de la loi Cornelia de 687 (p. 41, n. 4).

2. C'est l'idée qui apparaît comme la plus vraisemblable, si, d'une part, on combine la date indiquée p. 52, n. 4, avec les données fournies sur la carrière de Julien par l'inscription de Souk-el-Abiod (p. 63, n. 1) et si, d'autre part, on remarque que cette inscription le représente comme ayant reçu d'Hadrien une récompense spéciale à raison du savoir insigne qu'il montra dans l'exercice de sa questure. Avant la découverte de l'inscription, on discutait s'il avait codifié l'édit en qualité de préteur ou à un autre moment, en vertu d'un ordre de l'empereur.

3. Gaius, 1, 6.

s'adresser à l'empereur. Les exemples qu'on cite de *clausulae novae* postérieures à Hadrien[1] viennent, à notre sens, de textes mal compris.

2° Quant aux divers magistrats auxquels s'impose la réforme, la question doit être étudiée successivement pour le préteur pérégrin et les magistrats provinciaux en évitant de mélanger, même pour chacun, des questions distinctes.

Pour le préteur pérégrin, on peut se demander si l'édit de Julien contenait un modèle obligatoire pour lui, mais on se demande en outre si la réforme de Julien a eu pour effet de fondre les deux édits en un seul. Or il y a là deux questions. Rien ne prouve que l'édit du préteur pérégrin et celui du préteur urbain aient été fondus sous Hadrien, et ce n'est pas vraisemblable ; car il y avait encore alors à Rome beaucoup de pérégrins, et Gaius dit toujours les deux édits en vigueur. Mais, en revanche, Hadrien, en même temps qu'il a fait rédiger l'édit du préteur urbain et qu'il en a fait ordonner par un sénatus-consulte l'observation aux préteurs à venir, a fort bien pu faire la même chose pour l'édit du préteur pérégrin et pour les préteurs pérégrins futurs[2].

Une multiplicité de questions analogue et même plus grande encore se présente pour les gouverneurs de provinces. On se demande à la fois et souvent en mélangeant les questions, si les magistrats provinciaux ont perdu le *jus edicendi* depuis Julien, si la réforme de Julien s'applique aux édits provinciaux et si les édits provinciaux ont été remplacés par un édit provincial unique[3]. Là encore il faut distinguer plusieurs points.

Les gouverneurs en province ont dû, après comme avant, continuer à rendre un édit à leur entrée en charge ; par conséquent, ils ont toujours le *jus edicendi* et chaque province a toujours en théorie son édit distinct.

1. V. par ex. Cuq, *Conseil des empereurs*, p. 352, n. 4.

2. Il ne faudrait pas invoquer en sens contraire le défaut de renseignements relatifs à cette codification, car ce défaut de renseignements s'étend à tout ce qui concerne l'édit du préteur pérégrin et il s'explique par la disparition de la littérature juridique relative aux pérégrins qu'entraîna la concession de la cité à tous les habitants de l'empire. Les seules allusions à l'édit du préteur pérégrin qui nous soient arrivées se trouvent dans la loi Rubria, c. 20 (*Textes*, p. 74), dans Gaius, 4, 37, et peut-être dans la citation de Labéon, *libro XXX praetoris peregrini*, faite par Ulpien, *D.*, 4, 3, *De dolo*, 9, 4a, où à la vérité, Mommsen considère *praetoris peregrini* comme une corruption de *posteriorum*. La tentative faite par M. v. Velsen, *Z. S. St.*, 21, 1900, pp. 73-198, pour rapporter à cet édit les *libri ad edictum provinciale* écrits sous les Antonins par Gaius, desquels le Digeste contient de nombreux extraits, est condamnée par le nom même de l'ouvrage de Gaius. V. contre elle Lenel, *Gesch. und Quell.*, p. 352, n. 2 ; Kipp, p. 53, n. 12 ; Girard, *Mélanges*, 1, p. 253, n. 1.

3. La question a été principalement agitée au sujet du commentaire sur l'édit provincial de Gaius cité note 1, duquel on s'est demandé s'il commentait un édit provincial abstrait ou l'édit concret d'une province déterminée. V. à ce sujet les auteurs cités dans Karlowa, *R. R. G.*, 1, p. 631 et ss. Ajoutez Glasson, *Etude sur Gaius*, 2e éd., 1888, p. 305 et ss. ; Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, 1910 ; Kuebler, dans Pauly-Wissowa, v° Gaius, 7, 1, 1912, p. 491.

Mais il n'y a pas d'obstacle à ce que le sénatus-consulte se soit occupé des gouverneurs en même temps que des préteurs et qu'il leur ait donné l'ordre soit de se conformer à un type arrêté pour chaque province, soit plutôt de se conformer pour toutes en principe à un type uniforme, ce qui ferait que, tout en étant différents en droit selon les lieux, ces édits reproduiraient en fait partout le même modèle, comme cela existait d'ailleurs en grande partie dès le temps de la République. Ce qu'on pourrait seulement se demander, c'est : 1° jusqu'à quel point le type provincial différait du type urbain ; 2° s'il ne laissait absolument aucune place à la variété locale.

Nous terminerons sur l'édit de Julien en remarquant que sa disposition générale, au moins en ce qui concerne l'édit du préteur urbain et celui des édiles curules, est aujourd'hui parfaitement rétablie, grâce à l'ordre sensiblement concordant suivi par les principaux commentaires, et est à son tour très utile à connaître pour l'intelligence des textes extraits de ces divers commentaires [1]. Il suffira ici d'indiquer la structure d'ensemble des deux édits. Ils se composent l'un et l'autre d'une partie principale, renfermant à la fois des édits et des formules d'actions, et d'un appendice contenant seulement des formules. Dans l'édit du préteur, il y a à la fin un appendice ou plutôt trois appendices contenant les formules des interdits, des exceptions et des stipulations prétoriennes. Quant au corps de l'édit, qui contient auparavant les édits et les formules d'actions, il se divise en quatre parties principales. La première et la quatrième sont relatives, l'une à l'organisation de l'instance jusqu'à la délivrance de la formule et l'autre à l'exécution depuis la sentence. La seconde et la troisième, dont la distinction se dessine moins nettement, renferment les édits et les formules d'actions qui ne rentrent pas dans les deux premières idées. Le tout, principal et appendice, est réparti en titres désignés par des rubriques et peut-être numérotés, où les divers édits et les formules étaient peut-être encore groupés sous d'autres rubriques spéciales. L'édit des édiles commence également par une partie principale, contenant des édits et des formules d'actions,

1. Le principal instrument est fourni par les nombreux extraits contenus au Digeste des commentaires sur l'édit de Paul et d'Ulpien, de celui sur l'édit provincial de Gaius et de la première partie du Digeste de Julien. Le travail fondamental sur la restitution de l'édit de Julien est aujourd'hui le bel ouvrage de M. Otto Lenel (*Das Edictum perpetuum*), publié en 1883, dont une traduction française révisée par l'auteur (*L'édit perpétuel*, 2 vol.) a paru en 1901-1903 et une 2e éd. allemande, également revue et corrigée, en 1907. V. notre compte rendu de la trad. fr., *Mélanges*, 1, pp. 249-308. Nos renvois se rapportent à la 2e édition allemande ; mais, pour la commodité de ceux qui ne pourraient consulter que la traduction française, nous les avons faits le plus souvent possible aux paragraphes de l'ouvrage et, quand il a fallu spécifier la page, nous avons indiqué, entre parenthèses, le passage correspondant de la traduction. V. d'autres indications bibliographiques, *Textes*, pp. 137-139.

et finit par un appendice, contenant la formule d'une stipulation édilicienne [1].

Il suffit de signaler, comme une sorte de résurrection du *jus edicendi* dans son ancienne forme survenue à la fin de notre période, le droit reconnu par une constitution de l'an 235 aux préfets du prétoire et encore exercé par eux dans la période postérieure à Dioclétien de rendre des constitutions générales en ne dérogeant ni aux lois ni aux constitutions impériales [2].

IV. — Sénatus-consultes. — Le pouvoir législatif du sénat a été un pont entre celui des comices et celui de l'empereur. Les comices étaient, comme Auguste lui-même l'avait expérimenté, toujours susceptibles de velléités d'indépendance. Le principat était encore trop récent pour se permettre ouvertement de légiférer de sa seule autorité. Le sénat lui servit de prête-nom [3].

Le sénat avait, dès le temps de la République, commencé à usurper sur les pouvoirs des comices en accordant des dispenses des lois en cas d'urgence ou à titre individuel. Il avait aussi, dès le temps de la République, usé de son autorité sur les magistrats pour les inviter à réaliser à l'aide de leurs pouvoirs les réformes qu'il jugeait désirables, par exemple pour inviter les préteurs à faire du droit prétorien [4]. Et naturellement quand l'autorité impériale le poussa à prendre un rôle législatif plus actif, il dut de nouveau recourir à ce dernier procédé. Mais le sénat ne s'en est pas tenu là. Il est arrivé à s'arroger le pouvoir de faire et de défaire positivement du droit civil, de remplacer exactement la loi comitiale. Ce pouvoir strictement législatif du sénat est attesté dès le temps d'Antonin le Pieux, à la vérité avec la mention d'une controverse passée, par le jurisconsulte Gaius [5].

Le seul point douteux est de savoir à quelle date remonte la controverse, depuis quand on a reconnu au sénat non seulement le droit d'in-

1. En dehors de l'ouvrage principal de Lenel, on trouvera les édits dont le texte nous a été transmis, rassemblés et remis en ordre dans les *Fontes*, pp. 211-238 (restitution de Lenel) et dans nos *Textes*, pp. 137-172. On trouvera en outre quelques exemples d'édits isolés d'autres magistrats appartenant à cette période, *Textes*, p. 172 et ss. et *Fontes*, p. 239 et ss.

2. Alexandre Sévère, *C.*, 1, 26, *De off. praef. praet.*, 2. Cf. Krueger, *Sources*, pp. 144. 370. 371.

3. Cf. l'explication de Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 9.

4. Le plus ancien exemple en est, à notre connaissance, le sénatus-consulte de l'an 561 prescrivant au préteur d'appliquer contre les Italiens les lois sur l'usure portées seulement contre les citoyens (Tite-Live, 35, 7). Il fut du reste ratifié rapidement par un plébiscite, la loi Sempronia, probablement parce qu'à cette époque les préteurs ne pouvaient encore faire du droit prétorien et que le sénatus-consulte ne pouvait produire effet qu'à titre de mesure d'urgence (p. 33, n. 1).

5. Gaius, 1, 4 : *Senatus consultum est quod senatus jubet atque constituit idque legis vicem obtinet quamvis fuerit quaesitum*. Cf. Ulpien, *D.*, 1, 3, *De leg.*, 9, qui fait encore allusion à la controverse passée, et Papinien, *D.*, 1, 1, *De J. et J.*, 7, *pr.*

viter le préteur à faire du droit prétorien, mais celui de faire du droit civil. On considère souvent la controverse comme remontant au temps de la République et on a invoqué dans ce sens des sénatus-consultes qui attesteraient le droit du sénat de faire du droit civil dès le milieu du premier siècle [1]. A notre sens, la première preuve certaine s'en trouve dans un sénatus-consulte du temps d'Hadrien, le sénatus-consulte Tertullien sur le droit successoral de la mère, et il est fort possible que le sénat soit arrivé jusque-là à réaliser ses réformes législatives par voie d'injonction aux magistrats. Cela s'accorde parfaitement avec la langue consultative et non pas impérative qu'il continue à employer et surtout avec l'effet simplement prétorien des trois sénatus-consultes relatifs au droit privé les plus importants de cette période [2].

Le pouvoir législatif du sénat une fois reconnu sans conteste n'a pas été très longtemps exercé par lui. Le sénatus-consulte s'est peu à peu effacé comme source du droit par une évolution qui a fait de l'adhésion du sénat à ce qu'on lui proposait quelque chose de certain et de forcé, qui en conséquence a mis progressivement à la place du sénatus-consulte, de la résolution du sénat, seule importante anciennement, l'exposé des motifs, originairement dénué de toute importance, mais plus tard toujours approuvé et par suite devenu la chose essentielle. Cette transformation s'est rattachée aux sénatus-consultes proposés par l'empereur, aux *orationes principis in senatu habitae*. Les propositions impériales qui devinrent les plus importantes, qui ont peut-être été les seules depuis Hadrien [3], étaient en fait toujours admises. Il est donc naturel qu'à partir d'un certain moment, à partir des environs de la fin du IIe siècle, les jurisconsultes eux-mêmes aient franchement adopté l'habitude significative, depuis longtemps entrée dans la langue populaire, de citer au lieu des sénatus-consultes les *orationes* dont ils n'étaient que les corollaires inévitables (*oratio Severi* de l'an 195 ; *oratio Antonini* de l'an 206). Et on s'explique aussi que les auteurs de ces *orationes* y soient de plus en plus arrivés à parler la langue ouverte du commandement au lieu d'un langage parlementaire de convention [4]. Mais, à partir du jour où cet état d'esprit existe chez les gouvernants et les gouvernés, il est aussi simple de ne plus recourir à un déguisement qui ne trompe ni ne veut tromper personne. Nous ne rencontrons plus de sénatus-con-

1. Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876, p. 49 et ss., invoque en ce sens des dispositions des sénatus-consultes relatifs aux maisons achetées par des démolisseurs (*Textes*, p. 132 et ss.) et des sénatus-consultes cités, *D.*, 38,4, *De ads. lib.*, 1, *pr.* et *D.*, 40, 5, *De fid. lib.*, 51, 4, qui ne sont, à notre avis, probantes que pour les personnes déjà convaincues.

2. Sénatus-consulte Velléien ; sénatus-consulte Trébellien de l'an 55 ou 56 ; sénatus-consulte Macédonien du temps de Vespasien (69-79).

3. V. Krueger, p. 113, note 3.

4. V. par exemple l'*oratio Severi*, *D.*, 27, 9, *De reb eor.*, 1, 2 : *Praeterea, patres conscripti, interdicam*.

sulte ayant un caractère législatif après le commencement du III[e] siècle.

Les sénatus-consultes sont désignés par les textes non pas officiellement à la façon des lois par le nom propre de leur auteur ou de leurs auteurs mis au féminin (*lex Aelia Sentia*), mais d'une manière simplement usuelle par un adjectif tiré d'ordinaire du nom de l'un des consuls sous le consulat desquels ils ont été rendus[1] (*senatus consultum Trebellianum*, rendu *Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus*). Les inscriptions nous en ont conservé quelques-uns parmi lesquels le plus récent est un sénatus-consulte de l'an 176 ou 177 limitant les frais des jeux de gladiateurs. Mais ceux qui nous intéressent le plus sont ceux relatifs au droit privé, de plusieurs desquels le texte nous a d'ailleurs été transmis en totalité ou en partie soit par des inscriptions, soit surtout par le Digeste[2]. Nous citerons seulement, après le sénatus-consulte sur le quasi-usufruit, qui est des dernières années de la République ou de l'extrême début de l'Empire, au I[er] siècle, sous Claude, le sénatus-consulte Claudien de l'an 52 sur la femme libre qui a des relations avec l'esclave d'autrui malgré la défense du maître, entre l'an 44 et l'an 46, le sénatus-consulte Hosidien sur les ventes des maisons à des entrepreneurs de démolition atténué sous Néron en l'an 56 par le sénatus-consulte Volusien, et peut-être le sénatus-consulte Velléien sur l'engagement de la femme pour autrui ; sous Néron (54-68), le sénatus-consulte Néronien sur les legs nuls à raison de la formule employée, un ou plusieurs sénatus-consultes sur la confection matérielle des actes entre vifs et des testaments dont l'un au moins est de l'an 61, en l'an 55 ou 56, le sénatus-consulte Trébellien sur les fidéicommis suivi, sous Vespasien (69-79), du sénatus-consulte Pégasien ; encore sous Vespasien, le sénatus-consulte Macédonien sur les prêts d'argent faits à des fils de famille ; au II[e] siècle, sous Hadrien (117-138), le sénatus-consulte Juventien de l'an 129 sur la pétition d'hérédité et le sénatus-consulte Tertullien sur la succession de la mère à l'enfant ; sous Marc-Aurèle, le sénatus-consulte Orfitien de l'an 178 sur la succession de l'enfant à la mère ; ensuite l'*oratio Severi* de l'an 195 sur l'aliénation des biens

1. Et non pas, comme on le dit presque unanimement, des consuls qui l'ont proposé. V. par exemple pour le sénatus-consulte Trébellien, Gaius, 2, 253 : *Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatus consultum factum est*, rapproché de 2, 255 : *Ex Trebelliano senatus consulto... ex senatu consulto Trebelliano*, et pour le sénatus-consulte Pégasien, Gaius, 2, 254, rapproché de 2, 256. Il n'y a là, montrent ces témoignages, qu'une abréviation de la citation des sénatus-consultes par leur date consulaire, dont il y a beaucoup d'autres exemples (Gaius, 3, 63. Ulpien, *D.*, 40, 5, *De fid lib.*, 26, 7.28, 4. Venuleius, *D.*, 48, 8, *Ad leg. Corn. de sic.*, 6). Seulement, cette pratique n'ayant rien d'officiel, la dénomination du sénatus-consulte a pu être également tirée du nom de la personne dont la conduite l'a provoqué, comme pour le sénatus-consulte Macédonien, et surtout de celui de l'empereur qui l'a inspiré, comme pour les sénatus-consultes Claudien et Néronien votés *Claudio auctore* et *Nerone auctore*.

2. V. l'énumération, *Textes*, p. 128, et les sénatus-consultes Hosidien et Volusien, p. 132.

des mineurs et l'*oratio Antonini* de l'an 206 sur les donations entre époux qui terminent la liste.

V. Constitutions impériales[1]. — Au moment où le sénat cesse de légiférer, il y a déjà longtemps que ce pouvoir a passé au prince. Les ordonnances des empereurs (*constitutiones principum*) sont signalées sans distinction de catégories comme ayant force de loi par Gaius, sous Antonin le Pieux, et il dit même, par opposition aux sénatus-consultes, que leur autorité législative fondée sur la loi d'investiture n'a jamais été contestée[2]. Il faut pourtant distinguer les diverses catégories et préciser leur autorité respective qui n'a pas toujours été la même.

Gaius en indique trois catégories : les *edicta*, les *epistulae* — ou mieux les *rescripta*, que, dans une langue plus rigoureuse, on subdivise parfois en *epistulae* et en *subscriptiones*, — et les *decreta*[3]. On en ajoute habituellement une quatrième ; les *mandata*. Les *edicta* sont des édits symétriques à ceux des magistrats et affichés comme eux *in albo*. Les *mandata* sont des instructions individuelles adressées à des fonctionnaires déterminés, que Gaius et Ulpien omettent peut-être intentionnellement à cause de leur caractère administratif, mais qui cependant ont introduit des règles de droit. Les *decreta* sont des jugements rendus par l'empereur soit en appel, soit en premier ressort, en vertu de son droit d'évocation. Enfin les rescrits sont des réponses faites par l'empereur sur des points de droit à des magistrats ou à des particuliers ; il sont habituellement transcrits au bas de la demande du particulier (*subscriptiones*), afin que la réponse ne puisse être isolée de la question, et envoyés sous forme de lettres distinctes (*epistulae*) aux magistrats, contre lesquels il n'y a pas à prendre la même précaution. On n'en rencontre qu'assez peu jusqu'à Hadrien ; mais ils se multiplient beaucoup à partir de son règne, probablement par suite de la codification de l'édit et de l'invitation faite alors aux magistrats et aux plaideurs de consulter l'empereur sur les points douteux qui ont dû en faire rendre davantage, peut-être aussi par suite d'un système de publication introduit à cette époque qui a dû mieux en assurer la conservation.

Leur autorité devait être rationnellement différente pour les diverses catégories et c'est en effet le régime qui paraît avoir fonctionné dans le principe.

Les mandats sont des instructions individuelles données à un gouverneur. Ces instructions n'existent que pour lui, ne s'appliquent à son

1. Krueger, *Sources*, § 14. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, §§ 39-43. Mommsen, *Dr. publ.*, 5, p. 185 et ss.

2. Gaius, 1, 5 : *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.* Cf. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 11. 12. Ulpien, *D.*, 1, 4, *De const. princ.*, 1, *pr.*

3. Gaius, 1, 5. Cf. Ulpien, *D.*, 1, 4, *De const. princ.*, 1, 1.

successeur, aux gouverneurs des provinces voisines, qu autant qu'elles leur auraient été données individuellement à eux-mêmes, tout comme, avons-nous vu, la disposition de l'édit du magistrat,qui peut être la même pendant plusieurs années et dans plusieurs provinces, n'existe chaque année et dans chaque province qu'à condition d'avoir été promulguée par le magistrat du temps et du lieu.

Les édits du prince sont des règles obligatoires pour tout l'empire, puisque son autorité directe ou indirecte s'étend sur tout le territoire au lieu d'être limitée à une circonscription comme celle des magistrats de la République, et ils sont obligatoires pour toute la durée de sa vie au lieu de l'être pour un an, puisque ses pouvoirs sont viagers au lieu d'être annaux. Mais ils doivent logiquement avoir disparu, à l'origine, à la mort de leur auteur [1].

Les décrets sont des jugements qui s'imposent aux parties, mais seulement aux parties, en vertu des règles sur l'autorité de la chose jugée.

Enfin les rescrits sont des consultations fort voisines des réponses des prudents. Ils s'imposent, comme nous verrons que font ces réponses (p. 70), au juge de l'affaire pour laquelle ils ont été obtenus. Ils ont même été l'origine d'une procédure spéciale, la procédure par rescrit où le rescrit conditionnel délivré par la chancellerie impériale tient lieu de formule et qui a été dès le IIe siècle une atteinte de plus à la procédure formulaire [2]. Mais pas plus que les réponses des prudents, les rescrits rendus pour une espèce concrète n'ont force de loi pour les hypothèses semblables ou voisines.

Il y a une raison décisive pour laquelle ni les rescrits ni les autres constitutions impériales n'ont pu avoir force de loi définitive et générale au début de l'Empire. C'est que cela supposerait chez l'empereur lui-même un pouvoir législatif qu'il ne possède aucunement alors. Le pouvoir législatif, en dehors des cas de *leges datae* (p. 51), ne résulte d'aucune des attributions qui lui sont conférées. S'il l'avait, on ne s'expliquerait pas en quel sens la *cura legum et morum* destinée à le lui donner aurait pu être à trois reprises offerte à Auguste et refusée par lui [3]. Enfin, s'il l'avait, on ne comprendrait pas comment il pourrait être

1. C'est, croyons-nous, la raison pour laquelle la même règle est parfois signalée comme ayant été portée par des édits successifs d'empereurs différents. V. par ex. sur les édits d'Auguste et de Claude qui ont, avant le sénatus-consulte Velléien, défendu aux femmes de s'engager pour leur mari, *D.*, 16, 1, *Ad sc. Vell.*, 2, *pr.*

2. V. notamment sur cette procédure, Puchta, *Inst.*, 1, § 178. Baron, *Inst.*, p. 451. Pernice, *Festgàbe für Beseler*, 1885, p. 51 et ss. = *Archivio*, 36, 1886, p. 33 et ss. Ajouter sur son maintien sous Justinien où on l'avait prétendue abolie par la Novelle 113, c. 1, les rescrits de Justinien publiés par M. Jean Maspero, *Catalogue du Musée du Caire*, 1, 1910, et commentés par M. Partsch, *Nachrichten* de Goettingue, 1911, pp. 201-253. Cf. Arangio Ruiz, *B. Ist. D. R.*, 24, 1912, pp. 224-227.

3. *Mon. Ancyr.*, 3, 14 et ss. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 4, p. 430, n. 1.

lui-même soumis en principe aux lois ordinaires, avoir besoin d'en obtenir des exemptions spéciales, par exemple celles des lois caducaires (p. 51), le *jus patrum* qui a été accordé à plusieurs des premiers empereurs par le sénat [1].

Seulement, avec la prolongation de l'Empire, les idées se sont modifiées. Dès le temps de Vespasien, l'empereur concède le *jus patrum* au lieu de le recevoir [2]. Il a été bientôt considéré comme étant en règle générale au-dessus de la loi. Et non seulement Gaius, mais, dès le temps d'Hadrien, Pomponius lui reconnaissent le pouvoir législatif, en vertu d'une disposition de la loi d'investiture, qui n'avait certainement pas ce sens, mais à laquelle il est désormais attribué. Et cela, croyons-nous, en dépit des essais nombreux de limitation faits par les interprètes modernes, à tout point de vue, aussi bien à titre nouveau qu'à titre interprétatif, aussi bien par une catégorie de constitutions que par l'autre.

La seule restriction, qui concerne surtout les rescrits et les décrets, résulte de la volonté du prince et par conséquent n'en est pas une véritable. Ses décisions n'ont naturellement que la portée qu'il a voulu leur donner. Il peut dans un rescrit, dans un décret, poser une règle nouvelle en entendant qu'elle s'étende à l'avenir. Il peut au contraire n'entendre viser que le cas particulier dont il a été saisi. C'est ce qui a lieu quand, suivant l'expression des textes, il rend une *constitutio personalis*. C'est ce qui a lieu pareillement dans les cas très nombreux où il ne fait qu'appliquer le droit existant sans avoir l'intention d'innover, alors même qu'il touche incidemment quelque point controversable. A la vérité la distinction semble être peu claire et avoir dû être bien difficile à faire en pratique. Un document connu seulement depuis 1890 paraît établir qu'elle résultait très nettement d'un fait matériel : la publication officielle faite par voie d'affiches de certains décrets et rescrits, tandis que les autres étaient remis directement à celui qui les demandait. La volonté de l'empereur a sans doute été considérée comme se manifestant par l'emploi de l'un ou de l'autre procédé. Les rescrits spéciaux à l'affaire étaient ceux remis au destinataire, comme ils l'étaient tous à l'origine ; ceux qui avaient force législative étaient ceux qui étaient affichés comme les édits, suivant un usage qui remonte probablement à Hadrien et que le texte nouveau — une constitution de Gordien, découverte à Scaptoparène en Thrace — atteste exister sous Gordien en 238 [3].

Il nous a été transmis directement quelques constitutions impériales de

1. Mommsen, *Dr. publ.*, 5, p. 166, n. 1.
2. Mommsen, *Dr. publ.*, 5, p. 166, n. 2.
3. Texte et notice, *Textes*, p. 205 et ss. C'est à Mommsen que revient l'honneur d'avoir dégagé l'importance exceptionnelle de ce document. V. en sens contraire, Krueger, p. 128, n. 7. — Nous négligeons ici tout ce qui concerne le travail de délibération juridique et de confection matérielle des diverses constitutions impériales. V. à ce sujet Krueger, p. 142 et ss. et les renvois.

la période du Principat [1] ; ainsi un édit de Claude de l'an 46 donnant ou confirmant le droit de cité à des populations des environs de Trente, trouvé à Clès en 1869 ; ainsi une constitution d'Hadrien sur les droits successoraux des enfants des militaires dont la version grecque nous a été conservée par un des papyrus de Berlin ; ainsi un rescrit de Commode répondant aux plaintes de colons contre les administrateurs de domaines impériaux, découvert en Afrique en 1880 ; ainsi encore la constitution précitée de Scaptoparène. Il en existe un nombre beaucoup plus considérable dans les recueils officiels ou privés de la période postérieure à Dioclétien.

VI. La science du droit et les réponses des prudents. — L'histoire de la science du droit dans cette période [2], qui est la plus célèbre et qui, au moins jusqu'à la mort d'Alexandre Sévère, constitue ce qu'on appelle la période des jurisconsultes classiques, s'ouvre par un événement à la fois très connu et très obscur : la division des jurisconsultes en deux sectes, en deux écoles, l'une fondée par Labéon, dont le successeur fut Proculus, d'où le nom des *Proculiens*, et l'autre par Capiton dont le successeur fut Masurius Sabinus, d'où le nom des *Sabiniens* [3].

Labéon, M. Antistius Labeo, issu d'une vieille famille plébéienne, fils d'un jurisconsulte qui servit la République à Philippes et qui se suicida après sa défaite, resta sous Auguste ouvertement attaché aux anciennes institutions et refusa le consulat après avoir occupé la préture [4]. Son ad-

1. *Textes*, p. 184 et ss. — Il convient de citer, quoique forcément il ne soit plus au courant, le livre de Haenel, *Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Justinianum latarum*, 1857, qui donne, pour cette période et la suivante, toutes les constitutions impériales transmises en dehors des compilations, puis des tables générales des constitutions des Codes, par dates, par noms de personnes, par noms de lieux, etc.

2. V. d'une manière générale l'ouvrage de Krueger, §§ 18-27, qui rend à peu près inutile de renvoyer, pour la biographie des jurisconsultes, à la littérature plus ancienne. Il est au contraire très aisé et très profitable de dépouiller, dans la *Palingenesia* de Lenel (ou même dans le Digeste, à l'aide de tableaux mis par M. P. Krueger depuis 1906, à la fin du tome I de l'éd. stéréotype du *Corpus juris*, éd. 12, 1911, pp. 932-949) les textes qui nous ont été transmis de chaque jurisconsulte. On trouvera aussi quelques indications sur la vie des jurisconsultes et la succession chronologique de leurs ouvrages dans les notices qui précèdent, dans nos *Textes*, les fragments de Pomponius, Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin. Enfin l'on pourra encore se reporter aux notices de la *Prosopographia imperii Romani saec. I, II, III*, 3 vol. in-4°, Berlin, 1897-1898, puis, pour la période d'Auguste à Hadrien, au tome II de la *jurisprudentia antehadriana* de Bremer et, pour celle d'Hadrien aux Sévères, à H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2e éd., 1908 (cf. notre compte rendu *Mélanges*, 1, pp. 309-340).

3. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 47-53. Voir en dernier lieu, G. Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, 1908 ; *Scritti giuridici*, 1909, pp. 109-120. Joers, dans Pauly-Wissowa, 3, 2, 1899, v° *Cassiani*, et Kuebler dans Pauly-Kroll-Witte, 1, 1, 1914, pp. 386-394, v° *Rechtsschulen*.

4. Le *Labeo* de Pernice, 1, pp. 7-92, commence par une biographie détaillée de Labéon.

versaire C. Ateius Capito l'a, tout en reconnaissant sa puissance juridique, accusé d'un esprit d'indépendance exagéré. Tacite rapporte, au contraire de Capito, qu'il fut d'une telle servilité qu'il s'attira, en même temps que les faveurs d'Auguste et de Tibère, le mépris universel. On peut du reste se demander si ce n'est pas par un goût classique de symétrie qu'on les a opposés l'un à l'autre ; car, autant la trace de Labéon se dessine visible et profonde dans la littérature postérieure, autant les citations de Capiton y sont clairsemées : il n'y en a pour ainsi dire aucune qui se rapporte au droit privé.

Après eux on cite comme ayant été à la tête des deux groupes, du règne de Tibère à celui d'Hadrien à peu près, divers jurisconsultes dont les principaux sont : pour les Proculiens, Proculus, les deux Nervas, Pegasus, Neratius et les deux Celses dont le second, le fils, consul en 129 pour la seconde fois, a été un des jurisconsultes romains les plus vigoureux et les plus originaux ; pour les Sabiniens, les deux Sabinus, Masurius et Caelius, entre lesquels se place C. Cassius Longinus, consul en l'an 30 après J.-C., — de qui la secte tire parfois le nom de *Cassiani* et qui montre que les dissentiments politiques de Labéon et de Capiton n'ont pas influé sur les destinées postérieures des deux écoles ; car c'était un descendant du meurtrier de César et il fut exilé sous Néron à raison du culte qu'il rendait à la mémoire de son ancêtre ; — ensuite Javolenus, qui occupa de hautes fonctions sous Domitien et sous Trajan, et enfin Salvius Julien, l'auteur de la codification de l'édit, contemporain et rival de Celse, un des jurisconsultes les plus importants et un de ceux dont la littérature postérieure contient le plus de citations [1]. On admet d'ordinaire que Pomponius, qui donne cette énumération, aurait été lui-même Sabinien. Ensuite la distinctions des deux sectes n'est plus signalée comme quelque chose de vivant que par Gaius, contemporain d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle qui appelle les Sabiniens ses maîtres (*prae-*

1. Le livre de H. Buhl, *Salvius Julianus*, 1, 1886, s'ouvre par une biographie étendue de Julien. Une notice plus brève lui est consacrée, *Prosopographia*, III, pp. 164-165, n° 102. Il faut aujourd'hui les rectifier et les compléter toutes deux à l'aide d'une importante inscription découverte en 1899 à Souk-el-Abiod, en Tunisie, qui a entièrement renouvelé la biographie de Julien. V. sur cette inscription et les documents corrélatifs Gauckler, *C. r. de l'Acad. des Inscr.*, 1899, pp. 366-374. Th. Mommsen, *Z. S. St.*, 1902, pp. 54-60 = *Ges. Schr.*, II, pp. 1-6 ; Boulard, *L. Salvius Julien*, Thèse Paris, 1903, pp. 9-20 ; Kornemann, *Klio*, 6, 1906, pp. 178-184 ; Girard, *Mélanges*, pp. 232-234. 239-247. Cette inscription a sûrement été dédiée au jurisconsulte Julien, duquel elle rapporte qu'il fut, dès l'époque de sa questure, l'objet d'une faveur exceptionnelle d'Hadrien, *propter insignem doctrinam*, et elle fait connaître pour la première fois ses noms complets et sa carrière politique jusqu'au proconsulat d'Afrique, occupé par lui après l'avènement de Marc-Aurèle et de L. Verus. Elle autorise en outre, par les données chronologiques qu'elle fournit sur sa carrière, à placer son consulat en l'an 148 en l'identifiant avec le consul de cette année Salvius Julianus suivant une conjecture ancienne de Borghesi, que Mommsen avait solidement combattue, mais qu'il a reconnu être justifiée par notre inscription.

ceptores nostri), mais que nous croyons avoir vécu en province et qui suit là probablement une habitude ancienne déjà démodée dans la capitale [1].

Un fait singulier est l'obscurité dans laquelle nous sommes soit sur le caractère théorique des dissentiments des deux groupes, soit sur la forme positive de leur séparation. Sous le premier rapport, Pomponius prétend que la différence aurait été dans l'esprit plus ou moins routinier des doctrines [2]; mais ce n'est que médiocrement justifié par l'ensemble des controverses qui nous sont connues et qui sont d'ailleurs beaucoup moins nombreuses qu'on n'a souvent admis en voyant des controverses d'école dans tous les textes où un chef d'école était cité [3]. Quant à la forme matérielle de la séparation, la manière dont Pomponius rapporte la succession des jurisconsultes à la tête des deux sectes fait penser à la direction des deux établissements d'enseignement, de deux *stationes jus publice docentium* [4] telles qu'il commençait à y en avoir à cette époque pour donner un enseignement systématique à côté de l'enseignement purement empirique de la période précédente [5]. Cependant cette notion n'est pas sans rencontrer certaines difficultés; ainsi par exemple on trouve, dans la liste des chefs des deux écoles, une bien forte proportion de personnages politiques qu'on ne s'imagine pas aisément prenant la direction d'une école privée à la disparition des prédécesseurs.

Quelles qu'aient été sa forme matérielle et sa portée théorique, la distinction des deux sectes ne se prolonge guère au delà du temps d'Hadrien. On ne classe plus ni dans l'une ni dans l'autre les jurisconsultes postérieurs très nombreux du II[e] siècle et du début du III[e] siècle. Nous citerons parmi eux : le contemporain d'Antonin le Pieux Sextus Caecilius Africanus, élève de Julien [6], le contemporain d'Antonin et de Marc-

1. V. pour sa biographie la notice de nos *Textes*, p. 220 et ss. Exposé et réfutation d'une doctrine qui a voulu l'identifier au juriconsulte du I[er] siècle, Gaius Cassius Longinus, chez N. Herzen, *Z. S. St.*, 20, 1899, pp. 211-229.

2. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 47 : *Nam Ateius Capito in his quae ei tradita fuerant perseverabat; Labeo, ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.*

3. Bonne énumération critique dans Krueger, *Sources*, p. 197, n. 1. Discussion détaillée dans G. Baviera, pp. 38-119.

4. Aulu-Gelle, 13, 1, 31 : *In plerisque Romae stationibus jus publice docentium aut respondentium.* V. sur l'enseignement du droit, Krueger, *Sources*, p. 189 et ss. Bruns-Lenel, § 47.

5. Cf. Krueger, *Sources*, p. 184 et ss. Bruns-Lenel, § 48 (cf. 6[e] éd., p. 134, n. 3, une note de Pernice non reproduite dans la 7[e] éd.).

6. Les *quaestiones* d'Africain, son ouvrage le plus connu, sont, comme avaient déjà vu les interprètes grecs et nos anciens auteurs, principalement un recueil de décisions de Julien. C'est à Julien que se réfèrent les citations d'Africain, non seulement quand il le nomme, mais dans les textes plus nombreux où il écrit simplement *ait, putat, inquit, respondit* en sous-entendant son nom, et on peut se demander s'il ne rapporte pas encore son opinion dans d'autres endroits où il paraît parler lui-même et où par ex. le mot *inquit* peut avoir disparu. V. Buhl, *Salvius Julianus*, 1, pp. 67-85. Cf. P. Krueger, *Sources*, p. 236, n. 1, et les renvois.

Aurèle Ulpius Marcellus, Q. Cervidius Scaevola, jurisconsulte un peu plus récent du même siècle et, en omettant beaucoup d'autres noms, les trois jurisconsultes célèbres du temps des Sévères, Papinien, Paul et Ulpien. Papinien, Aemilius Papinianus, qu'on considère habituellement comme le premier des jurisconsultes romains, a été préfet du prétoire sous Septime Sévère et a été tué par ordre de Caracalla en 212 ou 213 pour n'avoir pas voulu faire l'éloge du meurtre de Geta. Paul et Ulpien, qui ont été comme lui fonctionnaires et jurisconsultes et qui ont même laissé beaucoup plus d'écrits que lui, ont été l'un et l'autre ses assesseurs pendant sa préfecture du prétoire, puis eux-mêmes préfets du prétoire sous Alexandre Sévère. On ne connaît pas très bien la date de la mort de Paul ni la chronologie de ses ouvrages. Ulpien paraît avoir écrit à peu près toutes ses œuvres pendant qu'il était en disgrâce sous Caracalla (212-217) et il a été tué par les prétoriens en 228. Par suite de l'étendue et de la clarté de ses ouvrages, il a fourni le tiers du Digeste et il est souvent considéré comme étant avec Papinien et Paul, et presque à l'égal du premier, l'un des trois plus grands jurisconsultes romains. C'est au fond surtout un compilateur clair et intelligent, mais un peu hâtif, très inférieur aux jurisconsultes créateurs de la fin de la République et des premiers siècles de l'Empire [1].

Après Papinien, Paul et Ulpien, la série des jurisconsultes se termine assez brusquement par Herennius Modestinus, préfet des vigiles entre 226 et 244, qu'on appelle parfois le dernier des jurisconsultes classiques. On ne rencontre plus ensuite que quelques auteurs de second ordre, entre lesquels nous nommerons seulement, comme les plus récents de ceux qui ont été mis à contribution par le Digeste, les deux jurisconsultes de date incertaine Hermogénien et Arcadius Charisius.

Les ouvrages de ces jurisconsultes qui sont presque exclusivement relatifs au droit privé, au droit pénal et à la procédure, où le droit public proprement dit est peu représenté, peuvent, en dépit de leurs diversités, se ramener à certaines catégories [2] : 1° les recueils de consultations (*quaestiones*, *responsa*), délivrées par les jurisconsultes en présence de leurs élèves ou en réponse à leurs élèves eux-mêmes dont l'usage remonte à la République et a continué sous l'Empire ; 2° les commentaires sur l'édit, *libri ad edictum*, étudiant successivement les diverses matières à propos des édits et des formules que contient l'Album ; 3° à côté, les ouvrages de droit civil, traitant non pas précisément de toutes les matières du droit civil, mais de celles qui n'étaient pas

1. A. Pernice, *Ulpian als Schriftsteller*, *Stizungsberichte* de Berlin, 1885, 1, p. 443 et ss. Cf. Krueger, pp. 297.288, n. 3. 443, n. 2, et Joers dans Pauly-Wissowa, 5, 1, 1903, pp. 1435-1509, v° *Domitius Ulpianus*.
2. V. Krueger, *Sources*, p. 172 et ss.

déjà étudiées à propos des formules d'actions civiles, dans les commentaires sur l'édit, et pour lesquels l'ordre systématique arrêté par Q. Mucius Scaevola fut adopté avec quelques remaniements par Masurius Sabinus dans ses trois livres sur le *jus civile* qui furent eux-mêmes la base des *libri ad Sabinum* postérieurs [1] ; 4° des espèces d'encyclopédies (*digesta*) juxtaposant ces matières et même certaines autres en une première partie correspondant aux commentaires sur l'édit et une seconde correspondant aux traités de droit civil, suivant un plan composite qui a été observé depuis une certaine date non seulement dans tous les traités de même nature, par exemple, dans les *digesta* de Celse et de Julien, mais en outre dans des recueils de décisions d'espèces, comme les Questions et les Réponses de Papinien, et dans des manuels, comme les Sentences de Paul ; 5° des ouvrages élémentaires didactiques, *institutiones, regulae, enchiridia* [2], rassemblant dans un exposé systématique les matières du droit sans distinction de partie prétorienne et de partie civile ; 6° enfin une quantité de monographies de caractère très disparate sur des lois, sur des fonctions de magistrats déterminés par exemple.

L'ensemble de ces ouvrages, ou plus largement la collection complète des œuvres des jurisconsultes de Rome, présentait certainement un volume plus modeste que ne feraient croire les habitudes des temps modernes où le bon marché de la matière première et les facilités de confection mécanique rendent les livres beaucoup moins coûteux. Cependant son étendue a été souvent trop rabaissée en partant d'une allégation mal comprise de Justinien, qui dit que les écrits mis à contribution pour le Digeste ont été réduits au 20e [3]. On en a conclu que toute la littérature juridique de Rome ne ferait qu'une vingtaine de fois le volume du Digeste, pas même autant que le moindre de nos répertoires de jurisprudence. Mais Justinien ne parle que des livres dont les compilateurs avaient connaissance. Nous avons un renseignement plus sûr, le seul scientifique, dans le chiffre des *libri* des divers ouvrages [4].

1. Lenel, *Das Sabinussystem*, 1892. Cf. Krueger, p. 200. V. aussi la restitution du plan des *libri ad Sabinum* de Pomponius, Paul et Ulpien donnée par Lenel dans sa *Palingenesia* et plus sommairement, mais avec quelques divergences, par P. Krueger, *Corpus juris*, 1, ed. 12, 1911, pp. 942-949.

2. C'est l'un des deux ouvrages que Pomponius a publiés sous ce titre, son *liber singularis enrichidii*, écrit sous Hadrien, qui contenait comme introduction la petite histoire des sources, des magistratures et des jurisconsultes conservée dans le long fragment *D*., 1, 2, *De O. J.*, 2, et restée notre source la plus abondante sur l'histoire du droit de la République. Sur la doctrine de Sanio, *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen*, 1857, suivie par Krueger, qui lui attribue là Varron pour source principale, v. *N. R. H.*, 1890, p. 334.

3. *D.*, const. *Tanta*, 1 ; const. Δέδωκεν, 1.

4. V. Krueger, *Sources*, p. 183, et surtout l'article spécial du même auteur, *Z. S. St.*, 8, 1887, p. 76 et ss., sur l'emploi du papyrus et du parchemin dans la lit-

Les *libri* correspondent, malgré un effort naturel pour les faire coïncider avec les divisions des matières, à une dimension moyenne constante, à celle des rouleaux de papyrus (*volumina*) sur lesquels ils étaient écrits. Or, en les additionnant, on voit que le chiffre de Justinien est beaucoup trop faible. Il suffirait, pour le dépasser, de l'œuvre de trois ou quatre des jurisconsultes les plus féconds, par exemple Labéon, Pomponius, Paul et Ulpien.

Il ne nous est parvenu de cette littérature qu'une fraction très restreinte. Les débris les plus nombreux nous en ont été transmis d'une manière indirecte, principalement dans le Digeste de Justinien, où les extraits sont faits avec indication d'auteur, d'ouvrage et de livre, mais avec des coupures et des changements destinés à les accommoder au droit du temps. C'est ce qui fait le grand prix des rares débris qui nous ont été transmis d'une manière indépendante et dont les plus importants sont : 1° les *institutiones* de Gaius, ouvrage en quatre livres écrit vers l'an 161, réunissant dans un système unique le droit civil et le droit prétorien, que l'auteur étudie, après quelques notions sur les sources, d'après la division tripartite en droit des personnes, droit des choses et droit des actions, suivant un plan qu'on a longtemps cru de son invention, mais qui est certainement plus ancien. Un abrégé des Institutes de Gaius a été inséré dans la loi romaine des Wisigoths ; mais il existait encore des exemplaires complets de l'ouvrage original au Ve siècle, et l'un d'eux a été retrouvé de notre temps. Le parchemin en avait été gratté au VIe siècle pour recevoir une copie des *epistulae* et des *polemica* de St Jérôme, et il était arrivé, sous cette forme, à la bibliothèque du chapitre de Vérone, où le texte de Gaius y a été découvert par l'historien Niebuhr en 1816. Il y manque trois feuillets et beaucoup de passages sont restés illisibles. La révision la plus récente en a été faite par Studemund qui en a donné en 1874 un fac-simile intégral, depuis complété par des suppléments publiés, pour la première fois, en 1884, en tête de la 2e édition du tome I de la *Collectio librorum juris antejustiniani* [1]. Les quatre livres de Gaius sont divisés dans les éditions en

térature juridique, où il montre aussi comment on peut, par le même procédé, mesurer l'étendue des lacunes de notre tradition, établir par exemple que nous possédons presque complètement tel ou tel livre d'Ulpien *ad edictum*.

1. La reproduction phototypique du manuscrit de Vérone intitulée *Gai codex rescriptus... phototypice expressus*, Leipzig, 1909, in-folio est pratiquement moins utile. Un *Vocabolario delle istituzioni di Gaio*, Milan, s. d., a été donné par M. Zanzucchi. On a eu un moment l'espoir de posséder un second exemplaire des Institutes de Gaius dans un autre palimpseste découvert à Autun en 1898 par M. Emile Chatelain. Mais, une fois déchiffré, le texte, qui paraît avoir été écrit vers le milieu du Ve siècle et qui fut gratté au VIIe pour faire place à une copie des *Institutiones* de Cassien, s'est trouvé ne donner qu'une sorte de paraphrase scolaire des Institutes de Gaius, de laquelle on peut, au reste, tirer quelques in-

paragraphes. — 2° Les *regulae* d'Ulpien, écrites par lui sous Caracalla selon le même plan que les Institutes de Gaius, dont un manuscrit, écrit en Gaule au Xe siècle ou à la fin du IXe, utilisé pour l'impression au XVIe siècle, puis perdu et retrouvé de notre temps au Vatican, dans le fonds de la reine Christine, contient un abrégé divisé en titres et dans les éditions en paragraphes. — 3° Les *sententiae* de Paul, manuel écrit par lui, vers l'an 212, suivant le plan des *digesta* et divisé en livres et en titres auxquels les éditeurs ont ajouté des paragraphes, que nous citons ici immédiatement, quoiqu'elles nous aient été transmises seulement par l'intermédiaire de la loi romaine des Wisigoths. Cette loi n'en contient qu'un abrégé ; mais le texte en est en partie complété par d'autres sources et même par certains manuscrits de la loi des Wisigoths dont les copistes avaient encore un texte complet de Paul et ont ajouté des passages, soit dans le corps de la loi, soit à la fin [1].

formations utiles. Il est reproduit aux pp. 354-370 de nos *Textes* où l'on trouvera, p. 225, la liste des principaux travaux.

1. Nous renvoyons, pour de plus amples détails, aux notices de nos *Textes*. Nous y renvoyons aussi pour quelques autres documents de cette période, en particulier pour les fragments de Paris et de Berlin de Papinien, pour le *fragmentum de formula Fabiana*, les fragments de Vienne des Institutes d'Ulpien, les fragments de Strasbourg de ses *disputationes*, le fragment de Berlin *de judiciis* et le *fragmentum de jure fisci*. — Ici, encore, pour présenter un tableau complet des documents dans lesquels peut être étudié le droit de la période, il resterait à citer : 1° les renseignements fournis par les auteurs extra-juridiques ; 2° les actes concrets qui nous ont été transmis. Nous ne pouvons prétendre donner sur les deux points que des indications tout à fait sommaires : 1° Quant aux sources littéraires, on trouve d'abord dans la période du Principat, des historiens, tels que Tite-Live et Denys, qui pourraient sembler une mine très riche pour la connaissance des institutions politiques et privées de la période ancienne. Mais la valeur réelle de ces informations est très inférieure à leur valeur apparente. Pour les quatre premiers siècles et même en partie pour les temps postérieurs, ils ont surtout puisé sans critique dans l'amas de fables grossières et de falsifications conscientes accumulé par les annalistes du temps de Sulla. Leur usage scientifique implique un travail de triage qui est loin d'être achevé. Il en est tout autrement des témoignages historiques donnés sur la période impériale par des auteurs contemporains ou voisins tels que Tacite, Suétone et Dion Cassius, parmi lesquels le plus riche en informations sur le droit privé est Suétone. Il faut en outre citer comme fournissant beaucoup d'indications sérieuses sur la période antérieure, les débris qui nous sont parvenus du recueil d'abréviations du grammairien du Ier siècle, Valerius Probus (*Textes*, p. 213 et ss. ; Girard, *Mélanges*, 1, pp. 177-213) et du dictionnaire publié sous Auguste par Verrius Flaccus, dont l'abrégé fait au IIe ou IIIe siècle par Festus est conservé partie en original, partie dans le nouvel abrégé de Paul Diacre (éd. des termes juridiques par Mommsen, dans Bruns, *Fontes*, 2, pp. 1-46 ; nouvelle édition par Lindsay, collection Teubner, 1913). Dans la littérature, il faut surtout relever la collection d'anecdotes composée à l'aide de bonnes sources par Valère Maxime, les œuvres de Quintilien, où il y a parmi beaucoup de fatras quelques bons renseignements tirés de sa pratique judiciaire, les *noctes Atticae* d'Aullu-Gelle, l'histoire naturelle de Pline l'Ancien et les lettres de Pline le Jeune. La collection des *agrimensores* (édition et commentaire par Lachmann, Rudorff, Blume et Mommsen, *Die Schriften der römischen Feldmesser*, 2 vol., 1848-1852 ; extraits dans Bruns, pp. 85-91, 1er vol. d'une nouvelle édition par C. Thulin, collection Teubner, 1913) est aussi

Il nous reste, pour en finir avec l'histoire des jurisconsultes et de leurs œuvres, à préciser le sens auquel ils ont été appelés à participer au pouvoir législatif, auquel les réponses des prudents ont été comptées parmi les sources du droit.

Nous possédons à ce sujet deux textes, l'un de Pomponius et l'autre de Gaius [1], dont le premier montre très nettement qu'il s'agit des consultations concrètes déjà données sous le même nom par les jurisconsultes de la République. Elles étaient, dit-il, délivrées anciennement par qui voulait, soit oralement, soit sous forme de lettre adressée au juge. Mais Auguste voulut donner un caractère officiel à cette institution. Il donna le *jus publice respondendi* à certains jurisconsultes, qui en conséquence purent répondre *ex auctoritate ejus* et dont les réponses, prouve l'opposition faite par Pomponius avec le régime antérieur, devaient être écrites et cachetées, peut-être pour empêcher les falsifications, peut-être pour porter en elles l'indication de leur provenance [2]. Et

très importante pour le régime de la propriété foncière. — 2° Quant aux actes, nous avons pour notre époque des modèles concrets d'à peu près toutes les opérations juridiques, qui nous sont parvenus soit à titre isolé, soit dans les collections des quittances du banquier de Pompéi L. Caecilius Jucundus, au Ier siècle, et, au IIe, des triptyques de Transylvanie (classement méthodique et principaux exemples, *Textes*, pp. 792-912). Les papyrus grecs égyptiens ont aussi conservé beaucoup d'actes romains traduits en grec, de toutes les époques (v. sur les collections très variées et très abondantes de ces papyrus, l'ouvrage d'ensemble de L. Mitteis et U. Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, I. *Historischer Teil von U. Wilcken*. II. *Juristischer Teil von L. Mitteis*, 4 vol., 1912, où l'on trouvera la bibliographie. Cf. pour les Ostrakas de même provenance U. Wilcken, *Griechische Ostraka aus Aegypten und Nubien*, 2 vol., 1899). Mais ce sont peut-être toujours les deux collections précitées qui nous font le mieux connaître la rédaction et surtout la forme matérielle des titres romains de la bonne époque. Quant à la forme matérielle, en vertu d'un sénatus-consulte du temps de Néron (Paul, *Sent.*, 5, 25 ; Suétone, *Ner.*, 17) que les quittances de Jucundus permettent de placer en l'an 61 (*Textes*, p. 860), ils sont inscrits en double original sur des tablettes enduites de cire (*tabulae*) réunies en forme de carnet (*codex*) et divisées en une partie close portant le premier texte et une partie ouverte portant le second et les sceaux des témoins et des intéressés (sauf dans les testaments régis par une autre disposition ou par un autre sénatus-consulte du même règne, Suétone, *Ner.*, 17, où la partie close contient les dispositions et la partie ouverte seulement le nom du testateur et les cachets). Quant à la rédaction, ce sont tous des titres probatoires ; mais il y en a eu successivement deux formes. Tandis qu'ils ont commencé par être de simples mementos écrits par le bénéficiaire de l'acte et tout au plus de nature à préciser ses souvenirs et ceux des témoins, ils sont ensuite devenus de véritables titres recognitifs émanant de celui à qui ils doivent être opposés et, a-t-il été révélé récemment, scellés par lui d'un sceau destiné, comme notre signature moderne, à les lui rendre opposables. V. sur le premier point, *Textes*, p. 840, et sur le second, *Textes*, pp. 860-862.

1. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 48. 49. Gaius, 1, 7. Justinien, *Inst.*, 1, 2, *De j. nat.*, 8, ne fait que reproduire et paraphraser le texte de Gaius et n'a par conséquent pas la valeur d'une troisième source indépendante.

2. On entend très ordinairement le sceau mis sur les réponses des prudents comme ayant pour but d'empêcher d'ouvrir la lettre avant qu'elle ne soit remise

Pomponius ajoute que la pratique ouverte par Auguste fut continuée par les empereurs suivants.

Cette innovation ne dut pas enlever aux jurisconsultes libres le droit de donner des consultations ; Labéon par exemple consulta très activement, sans que rien indique qu'il ait eu le *jus publice respondendi*. Mais elle donna aux consultations des jurisconsultes diplômés une autorité particulière, qu'on dit quelquefois avoir été d'abord de pur fait, qui a dû plutôt être de droit comme plus tard celle des rescrits, s'imposer au juge pour le procès en vue duquel la consultation avait été donnée à condition que les faits eussent été présentés exactement. C'est ce qu'atteste Gaius dans le second des textes, en faisant exception seulement pour le cas où il existerait relativement au même procès plusieurs réponses discordantes et où un rescrit d'Hadrien dit que le juge reste libre. On considère à la vérité souvent le rescrit d'Hadrien comme introductif d'un droit nouveau ; mais il peut aussi bien et même mieux avoir été confirmatif d'un régime préexistant.

Seulement le même texte de Gaius a mis dans la question une complication beaucoup plus grave en semblant attribuer force obligatoire non pas seulement dans des procès déterminés, mais dans tous, non pas seulement aux consultations des jurisconsultes diplômés, mais à toutes leurs opinions. Il interprète *responsa* par *sententiae et opiniones eorum qui permissionem habent jura condendi* et il dit que ces réponses ont force de loi si elles sont d'accord. En partant de là, beaucoup d'auteurs ont admis qu'au moins depuis le rescrit d'Hadrien la force législative aurait été attachée, dans tous les procès où on les invoquerait, à toutes les opinions des jurisconsultes diplômés soit vivants, soit morts. Mais c'est admettre un système d'une complication pratique étonnante, dans une opposition encore plus étonnante avec le caractère ombrageux du pouvoir impérial. Le plus vraisemblable est qu'en dépit de sa formule singulière et peut-être corrompue, Gaius veut uniquement parler, comme Pomponius, des réponses invoquées dans le procès pour lequel elles ont été faites. Quant aux écrits des jurisconsultes, la force législative ne leur a été accordée que longtemps après la mort de leurs auteurs, par le droit de la période suivante.

au destinataire. Mais, depuis que l'on a découvert dans les quittances de Pompéi des cachets placés non pas sur les liens qui ferment le titre, pour en assurer la clôture, mais au bas de l'acte, pour en certifier la provenance (p. 68, n. 1 *in fine*), on peut se demander, avec M. Erman, *Z. S. St.*, 20, 1899, p. 186, si le sceau des jurisconsultes n'aurait pas plutôt rempli la seconde fonction.

SECTION II. — La monarchie absolue [1].

§ 1. — Organisation des pouvoirs publics [2].

Dès le début de la période qui va de l'avènement de Dioclétien (284 ap. J.-C.), à la mort de Justinien (565 ap. J.-C.), les restrictions, plus ou moins efficaces, de l'autorité impériale, qui ont fait parler de dyarchie à propos du Principat, disparaissent définitivement. Le système nouveau dont les grands traits ont été tracés par Dioclétien, qui est déjà presque achevé sous Constantin, ne laisse subsister, des trois pouvoirs qui étaient depuis des siècles les assises théoriques de l'État, que la magistrature, ou plus exactement que l'autorité impériale. Le peuple est dépouillé, par un nouveau système de succession au trône, du pouvoir de forme d'instituer le nouvel empereur. Le sénat se transforme en une espèce d'assemblée municipale de la ville de Rome à côté de laquelle existe bientôt un autre sénat égal et du reste pareillement municipal à Constantinople. Quant aux magistrats, aux anciens magistrats de la République, les consuls gardent seuls une certaine importance, continuent à dater l'année et sont par suite nommés par l'empereur. Les autres ne subsistent qu'avec des fonctions purement municipales, comme les préteurs et les questeurs, ou seulement de nom, comme les tribuns.

La seule autorité à laquelle tout remonte par une hiérarchie arrêtée est l'autorité impériale qui prend d'ailleurs alors une physionomie assez singulière par suite de la division de l'empire en deux parties, l'Orient et l'Occident, gouvernées par deux Augustes ayant à leurs côtés comme auxiliaires et héritiers présomptifs deux Césars et entre lesquelles l'administration : gouvernement, finances, armée, est distincte tandis que la législation est commune. Nous n'avons pas à étudier ici les phases par lesquelles a passé ce dualisme qui n'a pas d'abord été permanent, qui l'est devenu seulement depuis Valentinien I[er]. Il n'est pas non plus nécessaire de donner beaucoup de détails sur la division des diverses fonctions, toutes conférées par l'empereur et salariées, en administration

1. Donnant, dans cette introduction, en première ligne un tableau des institutions politiques, nous n'avons pu hésiter à couper les deux périodes de l'Empire par la réforme de Dioclétien. Au point de vue de l'histoire du droit privé proprement dite, la démarcation serait plutôt fournie par Constantin : 1° avec lequel arrive au pouvoir le christianisme dont l'influence, souvent exagérée, se marque pourtant clairement dans certains domaines, principalement dans les lois relatives au célibat, aux seconds mariages, au divorce, à la légitimation (v. p. 78, n. 5) ; 2° avec lequel surtout commence, à un point de vue juridique plus large et distinct, une phase législative nouvelle, à la fois très barbare et assez féconde, marquée en même temps par une décadence technique tout à fait saillante et par une audace surprenante. V. sur l'activité légiférante de Constantin, les indications de Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, p. 548 et ss.

2. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, §§ 58-60. Mommsen, *Abriss*, pp. 347-363. G. Goyau, *Etudes d'histoire juridique offertes à P. F. Girard*, 1, 1912, pp. 65-83.

centrale et locale, civile et militaire. Conformément au système de la monarchie absolue, peut-être à l'imitation de celle des Perses, l'administration centrale a pour caractère de mélanger de véritables fonctionnaires politiques, des ministres, et des personnages remplissant près du prince des fonctions de pure domesticité, de mettre le *praepositus sacri cubiculi*, qui est un chambellan, à côté du chancelier de l'empire, du *quaestor sacri palatii*. Au-dessous, l'autorité militaire est désormais rigoureusement séparée de l'autorité civile. Quant à l'administration civile, pour laquelle la justice, les finances et l'administration proprement dite sont réunies dans les mêmes mains, l'unité administrative, distincte des circonscriptions militaires afin d'empêcher les concerts des autorités des deux ordres, est la province, beaucoup plus petite que les provinces anciennes et dirigée par un gouverneur appelé suivant son rang, *consularis*, *praeses*, *rector* ou d'autres noms encore. Plusieurs provinces forment un diocèse (*diocesis*) soumis à un *vicarius* ; enfin les diocèses sont réunis en préfectures soumises à des préfets du prétoire et dont le nombre est arrivé à un certain moment, sans que le système ait peut-être été jamais tout à fait arrêté, à quatre : Orient, Illyrie, Italie et Gaule [1].

§ 2. — Le droit et ses monuments.

La législation [2] est toujours en général commune aux deux parties de l'empire qui se considéraient comme deux fractions d'un même tout et dans l'une desquelles on n'a refusé de reconnaître le droit fait pour l'autre que tard et rarement. Mais il n'y a plus qu'une source du droit qui ne soit pas tarie [3], qui produise encore du droit nouveau à côté du droit déjà créé dans le passé : ce sont, comme le demande la logique du système, les constitutions impériales, expression de la volonté du maître, qui sont encore rédigées sous Dioclétien dans un style juridique excellent, mais qui au contraire sont, à partir de Constantin, écrites dans une langue détestable, impropre et diffuse, et qui pourtant ont été le

1. Cette hiérarchie nous est surtout connue par une liste des fonctions de l'empire avec indication de leurs insignes, des troupes et des employés qui en dépendaient, la *notitia dignitatum utriusque imperii*, évidemment tirée des états officiels (probablement d'abord pour l'Orient, puis pour l'Occident sur le modèle de celle d'Orient, d'après M. G. Schoene, *Hermes*, 37, 1902, pp. 271-277 ; entre l'an 411 et l'an 413 dans la doctrine de M. Seeck, généralement admise jusqu'aux derniers temps, seulement pour sa rédaction dernière vers l'an 425, sous Théodose II et Valentinien III, a soutenu plus récemment Mommsen, *Gesammelte Schriften*, 4, pp. 558-560). L'édition la plus récente est celle de Seeck, 1876 ; celle plus ancienne de Boecking, 1839-1856, reste utile à cause de son commentaire.
2. Krueger, *Sources*, §§ 32-33. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, § 64.
3. La coutume elle-même est dépouillée par Constantin, *C.*, 8, 52 (53), *Quae sit longa consuet.*, 2, du pouvoir de *vincere rationem aut legem*, c'est-à-dire, semble-t-il, du pouvoir d'abroger le droit existant. Sur les conciliations proposées entre ce texte et le fragment de Julien admettant les deux fonctions et également reproduit par Justinien (p. 50, n. 1), v., par ex., outre l'article de Pernice cité là, Regelsberger, *Pandekten*, 1, p. 103.

grand agent de la transformation du droit classique encore plus constatée qu'accomplie par Justinien.

Ces constitutions ne comprennent plus guère de *mandata*. Au contraire les empereurs byzantins ont rendu beaucoup de rescrits avec lesquels les décrets se confondent à peu près complètement par suite du développement de la procédure *per rescriptum* (p. 60). Mais précisément par suite de cela, ces rescrits ont fini par n'avoir en principe d'autorité que pour les cas où ils étaient rendus, — ce qui a dû entraîner la suppression de leur affichage. — Le prince exerce surtout son pouvoir légiférant sous forme d'*edicta*, de *leges edictales*, adressées soit au sénat comme les anciennes *orationes in senatu habitae*, soit au peuple, soit à des magistrats, notamment aux préfets du prétoire.

Les constitutions impériales étant la seule source du droit en activité, c'est naturellement d'elles qu'émane la seule modification apportée à l'autorité législative du droit produit par les sources anciennes. Il était toujours intégralement en vigueur. Mais, au lieu de remonter aux textes originaux des lois, des sénatus-consultes, des édits par exemple, on prenait comme textes les ouvrages des commentateurs suivant une pratique qui aurait, en vertu de la *permissio jura condendi*, remonté, d'après certains interprètes modernes, à Hadrien ou même à Auguste (p. 70), qui en réalité était inconnue alors, mais qui dut se développer normalement à mesure que la valeur des jurisconsultes présents diminua et que l'admiration pour les jurisconsultes passés s'accrut. Cet usage devait forcément entraîner des abus, amener des hommes de loi habiles à tenter de tromper des juges peu instruits en les étourdissant de citations captieuses d'anciens jurisconsultes. Ammien Marcelin cite, au IVe siècle, des avocats de son temps qui n'ont à la bouche que Trebatius et Cascellius et qui se chargent de trouver des textes (*lectiones pollicentur*) pour justifier toutes les iniquités, même le meurtre d'une mère par son fils [1].

L'autorité impériale intervint à deux reprises par des constitutions destinées à dépouiller cette pratique de ses inconvénients en même temps qu'elles la légalisaient. Une constitution de Constantin de l'an 321 déclara abolies les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien, de façon à faire prévaloir l'autorité de ce dernier, et confirma en même temps l'autorité des Sentences de Paul [2]. Puis, un siècle plus tard, une réforme infiniment plus profonde fut tentée en l'an 426 par la *loi des citations* de Théodose II et Valentinien III [3]. Cette disposition législative, qui est très connue, mais dont certains détails sont obscurs, établit entre les écrits des jurisconsultes le système de la majorité des voix, en donnant

1. Ammien Marcelin, 30, 4, 11 et ss.
2. *C. Th.*, 9, 43, *De sent. pass.*, 1. Cf. *C. Th.*, 1, 4, *De resp. prud.*, 1. 2.
3. *C. Th.*, 1, 4, *De resp. prud.*, 3.

... OF MICH...

en cas de partage la prépondérance à Papinien et en excluant de nouveau les notes écrites sur ses ouvrages par Ulpien et Paul. Mais quels jurisconsultes pouvaient figurer dans le calcul? On dit souvent que seuls pouvaient être cités Papinien, Paul, Ulpien, Modestin et Gaius (qui figure là pour la première fois parmi les *juris auctores*). Ce n'est cependant pas tout à fait le langage de la constitution. Elle indique comme pouvant être invoqués les cinq jurisconsultes et les auteurs cités par eux, ce qui comprendrait à peu près tous les auteurs, notamment Q. Mucius Scaevola, Sabinus, Julien, Marcellus, mais seulement sous cette réserve que ceux-ci ne pourront être cités qu'à charge de production justificative de l'ouvrage original. Le résultat était sans doute qu'en fait on devait citer uniquement les cinq. Mais cela n'empêche pas qu'en droit les ouvrages des autres avaient toujours la même autorité.

L'ensemble de ces ouvrages et des monuments législatifs anciens constitue, à cette époque, ce qu'on appelle le *jus*, par opposition aux constitutions, qu'on appelle les *leges* [1], et c'est en partant de cette division que Justinien a fait les compilations qui nous ont transmis les documents les plus nombreux des deux ordres. Mais le travail de compilation n'a ni commencé par lui, ni fini avec lui. Nous énumérons donc ici rapidement les différentes compilations du droit récent en prenant d'abord celles du *jus* et des *leges* faites soit distributivement, soit cumulativement avant lui, puis ses compilations, et enfin les principaux recueils postérieurs.

I. Recueils antérieurs à Justinien. — Il y a eu, avant Justinien, pour les *leges*, trois recueils spéciaux, deux privés et un officiel, portant tous trois le nom nouveau de *codex*, qui vient probablement de ce qu'au lieu d'être écrits sur des rouleaux de papyrus, les premiers ont été faits de feuillets indépendants liés ensemble, comme les tablettes de *codices* (p. 68, note 1) et comme les cahiers de parchemin des manuscrits [2].

Les deux recueils privés de constitutions impériales sont les *Codes Grégorien* et *Hermogénien* dont le second, composé d'un livre unique divisé en titres, est un complément du premier, divisé à la fois en livres et en titres, et qui ont été composés, le premier par un nommé Gregorius, probablement professeur à l'école de Beryte [3], et le second par un nommé Hermogenianus, duquel on ne sait si c'est le jurisconsulte du Digeste (p. 65). Les noms longtemps controversés des deux auteurs ont été déterminés sûrement à l'aide d'arguments tirés du système des noms propres [4]. D'après la doctrine la plus répandue, le premier rédigé

1. V. Krueger, p. 347, n. 1, et les renvois.
2. Th. Mommsen, *Gesammelte Schriften*, 2, 362 et ss.
3. Mommsen, *Ges. Schr.*, 2, 366-370.
4. Mommsen, *Ges. Schr.*, 2, 260 et ss.

vers l'an 294 contenait des constitutions allant d'Hadrien à l'an 294 et le second rédigé entre l'an 314 et l'an 324, des constitutions allant de l'an 294 à l'an 324, et même par suite d'additions jusqu'en l'an 365 [1]. Toutes les constitutions antérieures à Constantin du Code Justinien (p. 80) viennent de l'un ou l'autre. En revanche, il ne nous en est arrivé directement qu'assez peu de débris [2].

Nous avons beaucoup plus de débris du recueil officiel, le *Code Théodosien*, recueil des constitutions impériales rendues depuis Constantin, promulgué en 438 par Théodose II en Orient et par Valentinien III en Occident. Il se composait de 16 livres divisés en titres, où les constitutions étaient placées dans leur ordre chronologique. Quant au plan, il suivait dans l'ensemble l'ordre des *digesta* (p. 66). Après les sources, la *pars edictalis*, livres 2 à 4 ; puis la seconde partie avec les matières nouvelles complémentaires, livres 5 à 15, et un 16e livre consacré au droit de l'Église. Il fut supplanté en Orient par la législation de Justinien, de sorte que tous les restes qui nous en ont été transmis viennent d'Occident. Ce sont des manuscrits contenant des parties de l'ouvrage original et les manuscrits de la loi romaine des Wisigoths (p. 77) qui en contenait un abrégé. Leur combinaison laisse subsister quelques lacunes qui par malheur se présentent surtout dans la partie relative au droit privé [3]. — On en rapproche toujours les *novelles post-*

1. V. Krueger, *Sources*, § 34. Cependant le grand nombre des constitutions de 293-294 contenues dans le Code Hermogénien avait déjà conduit par ex. M. Jörs, dans Pauly-Wissowa, 4, 1, 1900, v° *Codex Hermogenianus*, à en placer la première publication en 295. M. Rotondi, *B. Ist. D. R.*, 26, 1913, pp. 176-208, a été amené, par un examen d'ensemble des sources, à la conclusion que les constitutions du Code Grégorien allaient d'Hadrien au mois de mai 291 vers lequel aurait été publié l'ouvrage et que le Code Hermogénien publié en 294 aurait d'abord été composé essentiellement de constitutions de 293-294, auxquelles se seraient plus tard jointes les constitutions de 364-365 et peut-être celles de 314, tandis que ce serait au Code Grégorien qu'auraient été ajoutées, peut-être d'après des sources orientales, les constitutions de 291-292 et de 295-304.

2. Ed. Haenel, 1837. Il est aujourd'hui préférable de se reporter au texte donné sous une forme un peu fragmentaire, mais plus complète et plus correcte, par Krueger, *Coll. lib. juris*, 3. Cf. le tableau des constitutions attribuées expressément à l'un des deux codes donné par M. Rotondi, pp. 179-182.

3. Une édition savante du Code Théodosien, à la préparation de laquelle Théodore Mommsen avait consacré les dernières années de sa vie et qui était déjà imprimée en grande partie au moment de la mort de l'illustre auteur survenue le 1er novembre 1903, a paru en 1905 (*Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes ediderunt Th. Mommsen et Paulus M. Meyer* : *I. Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis edidit, adsumpto apparatu P. Kruegeri, Th. Mommsen*, 1905). V. sur elle, P. Krueger, *Z. S. St.*, 26, 1905, pp. 316-331. *K. V. I.*, 1906, pp. 36-42 ; Gradenwitz, *Berlin. philolog. Wochenschr.*, 1906, pp. 235-239 ; Kipp, *Deutsche Literaturzeitung*, 1907, pp. 175-183). Elle enlève à peu près tout intérêt à l'édition moderne antérieure donnée par Haenel en 1842. Au contraire l'édition ancienne de Jacques Godefroy (éd. Ritter, 1736-1745, 7 vol. in-folio), reste toujours très importante à raison du commentaire. Cf. sur le Code Théodosien, Krueger, *Sources*, § 35, Th. Mommsen,

théodosiennes, constitutions rendues dans les deux empires jusqu'à la chute de l'empire d'Occident en 476 [1].

A côté de ces recueils des *leges*, on rencontre, dans la période antérieure à Justinien, des compilations officielles et privées embrassant à la fois le *jus* et les *leges*.

Parmi les compilations privées, les plus importantes sont : 1° les *fragmenta Vaticana* manuscrit palimpseste, découvert en 1820 au Vatican par le cardinal Angelo Mai, qui contient les débris d'un ouvrage systématique du IVe siècle, à la fois relatif au *jus et leges* et précieux parce qu'il reproduit sans modification des textes plus anciens [2] ; — 2° la *collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, long fragment du premier livre d'un ouvrage dans lequel un auteur chrétien de la fin du IVe siècle ou du début du Ve rapproche des passages des lois attribuées à Moïse et des textes de droit romain empruntés aux jurisconsultes de la loi des citations et aux deux premiers Codes, dans un but inconnu, probablement pour montrer le défaut d'originalité du droit romain dont les prescriptions se trouveraient déjà dans la loi de Moïse [3] ; — 3° le *livre syro-romain*, exposé de droit romain conservé dans des versions arabe, arménienne et syriaque, d'un original grec perdu, qu'un des manuscrits semble présenter comme ayant été écrit sur l'ordre de Valentinien Ier par saint Ambroise, le futur évêque de Milan, vers l'an 371, mais qui paraît remonter, pour le fond primitif, à une époque encore plus ancienne, avoir été rédigé pour la première fois, avant le temps de Constantin pour les besoins du patriarchat d'Antioche et avoir ensuite reçu de nouvelles rédactions diverses, sans avoir jamais été sérieusement touché par la législation de Justinien [4].

Gesammelte Schriften, 2, 371-407, et dans les prolégomènes de son édition. Un index a été annoncé par M. Gradenwitz.

1. Ed. Haenel, 1844, remplacée aujourd'hui par l'éd. Paul M. Meyer, jointe à celle du Code Théodosien de Mommsen (*II. Leges novellae ad Theodosianum pertinentes edidit adjutore Th. Mommseno Paulus M. Meyer*, 1905). V. sur elle, Kuebler, *Z.S.St.*, 27, 1906, pp. 377-394 ; Gradenwitz, *Berlin. phil. Woch.*, 1909, pp. 811-815.

2. *Textes*, p. 507.

3. *Textes*, p. 569. V. aussi les notices relatives, p. 617, à la *Consultatio* (pour laquelle il faudrait aujourd'hui ajouter le travail posthume inachevé de Max Conrat, *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 46-56) et p. 605, aux fragments du Sinaï, où les débris de scolies sur Ulpien, *ad Sabinum*, constituent un exemple précieux de l'activité des jurisconsultes byzantins antérieurs à Justinien. Il faut encore placer dans la période antérieure à Justinien le petit traité *de actionibus* dont la meilleure édition a été donnée par Zachariae, *Z. S. St.*, 14, 1893, p. 88 et ss. (v. en dernier lieu sur lui, B. Brugi, *Annuario dell'Ist. di D. R.*, Catania, 1914-1915, pp. 4-14). Le cercle et l'importance de cette littérature byzantine antérieure à Justinien seraient très élargis si l'on admettait l'hypothèse de M. Peters rejetée p. 78, n. 5.

4. Une édition savante en a été publiée par MM. Bruns et Sachau, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Iahrhunderte*, 1880 (excellentes analyses par M. Brinz, *K. V. I.*, 1880, p. 548 et ss. et M. Esmein, *Mélanges*, p. 403 et ss.). Mais elle n'est déjà plus au courant ni pour le texte ni pour le commentaire. Cf. Mitteis, *Ueber drei neue Handschriften d. syrisch-römischen Rechtsbuchs*

Les compilations officielles sont celles faites par ordre des rois barbares pour le droit romain applicable dans leurs Etats [1]. La plus intéressante pour nous est la *loi romaine des Wisigoths*, compilation du *jus* et des *leges* faite en l'an 506 par ordre d'Alaric II pour ses sujets romains. Cette compilation, qui ne porte pas de titre officiel dans les manuscrits et que nos auteurs du XVI[e] siècle désignent du nom de *breviarium Alarici*, qu'on appelle plutôt aujourd'hui la *lex Romana Visigothorum*, donne, comme *leges*, des extraits du Code Théodosien et des novelles post-théodosiennes, comme *jus*, l'abrégé en deux livres des Institutes de Gaius, l'extrait précité des Sentences de Paul, des extraits des Codes Grégorien et Hermogénien (donc classés dans le *jus*) et un fragment de Papinien mis là pour finir, à titre honorifique. Les divers textes, sauf l'*Epitome* de Gaïus, sont accompagnés d'une *interpretatio* qu'on croyait autrefois comme lui l'œuvre des commissaires d'Alaric, qu'on estime plutôt aujourd'hui avoir été comme l'*epitome* lui-même, composée auparavant dans le cours du V[e] siècle et qui constitue un document précieux pour la connaissance du droit romain d'alors [2]. Malgré la chute rapide de la domination des Wisigoths dans les Gaules, le recueil resta très répandu dans la France méridionale pendant le moyen âge et il nous en a été transmis un grand nombre de manuscrits, partie abrégés, partie

(*Abhandlungen* de Berlin, 1905) et l'éd. de trois nouvelles versions du texte syriaque contenues dans un ms. de Rome donnée par M. Sachau, *Syrische Rechtsbücher*, 1, 1907 (compte rendu par J. Partsch, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 423-440). Nos renvois se rapportent de préférence au ms. syriaque de Londres (L, texte et trad. allemande dans Bruns-Sachau, I, pp. 3-38. II, pp. 3-40 ; trad. latine par Ferrini, *Fontes*, 1, pp. 639-875), qui selon M. Sachau, *Syrische Rechtsbücher*, 1, p. XVII, est, parmi toutes les versions conservées, la plus voisine de la première traduction de l'original grec, et, à son défaut, au second texte du ms. de Rome (R II, texte et trad. allemande dans Sachau, 1, pp. 46-141) qui, selon le même savant, contient une autre rédaction ancienne et parfois plus sûre du texte de Londres et un certain nombre de dispositions étrangères à ce texte et est à la fois la source des textes arménien (Arm.) et arabe (Ar.) et de l'autre texte syriaque contenu dans le ms. de Paris (P, texte et trad. allemande dans Bruns-Sachau, I, pp. 39-67. II, pp. 44-74 ; trad. latine par Ferrini, *Z. S. St.*, 23, 1902, pp. 101-143). V. sur d'autres sources juridiques provenant de l'église Nestorienne publiées soit par M. Sachau, *Syrische Rechtsbücher*, 2, 1908, soit par d'autres savants, J. Partsch, *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 355-398. L'intérêt du livre syro-romain est sérieux pour la connaissance du droit romain de la basse époque, mais il est encore plus considérable pour celle de la pénétration des usages de l'Orient hellénique dans la pratique de la même période.

1. Bruns-Lenel, §§ 71-72 ; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1, 2[e] éd., 1906, §§ 49-54 ; Esmein, *Hist. du droit français*, p. 118 et ss. ; Krueger, *Sources*, § 41 ; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit*, p. 67 et ss.

2. V. surtout pour l'antériorité des matériaux qui composent l'*interpretatio*, Fitting, *Z. R. G.*, 11, 1873, pp. 222-249, et pour celle de l'*Epitome*, Hitzig, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 187-223. M. Max Conrat a de nouveau soutenu pour l'*Epitome*, *Die Entstehung des Westgotischen Gaius*, *Comptes rendus de l'Acad. d'Amsterdam*, 1905, qu'il serait l'œuvre des auteurs de la loi des Wisigoths. V. en sens contraire Hitzig, *Deutsche Literaturzeitung*, 1906, pp. 2094-2097, et Kuebler dans Pauly-Wissowa, v° *Gaius*.

complets et même augmentés d'additions et de corrections venant de sources romaines pures [1].

Il faut citer en outre la *loi romaine des Bourguignons* rédigée en vertu d'un engagement pris par Gondebaud quand il avait fait rédiger la loi barbare des Bourguignons. Il avait promis de faire la même chose pour le droit de ses sujets romains et la promesse fut tenue, probablement avant sa mort en 516, certainement avant la chute du royaume des Burgondes en 534. Les titres de la loi, relatifs au droit pénal, au droit privé et à la procédure, suivent l'ordre de la loi barbare. Les sources, indiquées seulement par exception, sont les trois codes, les sentences de Paul, un ouvrage de Gaius, ses institutes ou ses *regulae*, et les *interpretationes*. Après la conquête franque, on l'utilisa pour le complément du bréviaire, à la suite duquel elle se trouvait souvent dans les manuscrits ; d'où l'erreur commise déjà dans des manuscrits du IX[e] siècle qui a fait prendre pour son titre le nom de l'auteur du dernier fragment du bréviaire: *Papinianus*, en abrégé *Papianus* [2].

L'édit de Théodoric, rendu par Théodoric, roi des Ostrogoths, probablement au début du VI[e] siècle, certainement après l'an 493, et qui résume en 155 articles un droit applicable à la fois aux Goths et aux Romains, ne contient pas d'indication de sources ni même de citations textuelles. C'est seulement par comparaison que l'on voit que ses auteurs ont puisé dans les trois codes, les sentences de Paul et les *interpretationes* tout au moins. En conséquence, il est moins intéressant pour le droit romain que le droit romain n'est intéressant pour lui [3]. Il en est de même à un encore plus haut degré d'autres lois barbares, telles que la *lex Romana Raetica Curiensis* [4], sur lesquelles nous n'avons pour cette raison rien à dire.

II. Compilations de Justinien. — L'empereur Justinien, appelé au trône en 527 par son oncle Justin et mort en 565, doit, dans l'histoire du droit romain [5], une célébrité unique aux compilations juridiques

1. Ed. Haenel, 1849. Texte d'un autre ms. palimpseste dans *Legis Romanae Visigothorum fragmenta ex cod. palimps. S. Legion. eccl.*, Madrid, 1896. Nouvelle description des mss. dans Mommsen, *Theodosiani libri XVI*, I, 1905, pp. LXV-LXXXI. XCIII-CVI. Etude sur l'usage du Bréviaire en Espagne, en Gaule, en Italie, et dans les régions voisines par A. de Wretschko, même volume, pp. CCCVII-CCCLXXVII. Exposé dogmatique du droit qui y est contenu dans Max Conrat, *Breviarium Alaricianum. Römisches Recht in Fränkischen Reich*, 1903.

2. Ed. dans les *Monumenta Germaniae*, par Bluhme, *Leges* III, 1863, p. 579 et ss. et par de Salis, *Legum sectio I*, in-4°, II, 1892, pp. 3-188. L'ancienne éd. de Barkow, *Lex Romana Burgundionum*, 1829, contient un commentaire encore utile.

3. Ed. Bluhme, 1875, *Monumenta Germaniae*, *Leges*, V, p. 146 et ss. Cf. Gaudenzi, *Gli editti di Theodorico*, 1884, et *Z. S. St.*, *Germ. Abth.*, 7, 1886, pp. 29-52.

4. Ed. Zeumer, *Monumenta Germaniae*, *Leges*, V, 1889, pp. 289-542. Cf. le même, *Z. S. St.*, *Germ. Abth.*, 9, 1888, pp. 8-52.

5. Nous n'avons pas ici à nous occuper de l'histoire politique ni de la biogra-

faites sous son règne et par son ordre, probablement à l'instigation de son favori Tribonien [1].

Le travail fut commencé, dès 528, par les *leges*. Une commission fut chargée, le 15 février de cette année, de réunir en un recueil unique les constitutions en vigueur en refondant les trois Codes antérieurs, en ajoutant les constitutions postérieures non abrogées et en supprimant les répétitions et les contradictions. L'œuvre fut terminée en 529 et le Code publié le 7 avril pour avoir force de loi à partir du 16.

Pour le *jus*, la tâche était un peu plus difficile. On ne voulut probablement l'entreprendre qu'après le vote d'un certain nombre de décisions faisant table rase des institutions vieillies, qui furent rendues en 529, 530, 531, et dont on paraît avoir fait un recueil sous le nom de *quinquaginta decisiones*. C'est seulement le 15 décembre 530 que Jus-

phie de Justinien, pour lesquelles la principale source, d'une valeur très discutée, comme on sait, est l'*Histoire secrète* de Procope. M. J. Bryce a démontré, *English historical Review*, 1888, pp. 657-686, le caractère apocryphe d'une prétendue vie de Justinien par l'abbé Théophile, d'où viennent beaucoup de détails de la biographie courante de Justinien. On pourrait en revanche se demander s'il ne conviendrait pas de donner ici une appréciation d'ensemble de la législation de Justinien, une sorte d'inventaire général de son œuvre juridique. Mais cet inventaire est jusqu'à un certain point l'objet même de notre livre, comme de tous les livres du même ordre. Cependant, il ne sera pas inutile de dire un mot de certaines recherches nouvelles de nature à influer sur l'appréciation de l'œuvre juridique de Justinien. L'originalité de cette œuvre apparaît évidemment comme plus considérable par suite de l'accroissement de nos connaissances sur les interpolations qui a révélé comme ayant été faites sous cette forme anonyme des innovations dont personne ne se doutait avec une étendue et une méthode dont on ne se doutait pas davantage (v. pp. 81, n. 2 ; 80, n. 3 ; 84, n. 1). Son importance religieuse aurait été aussi plus grande qu'on ne croyait si, au lieu de rapporter à l'influence chrétienne en général les innovations, signalée, p. 71, n. 1, on rattachait à Justinien toutes celles que M. Riccobono, *Scientia*, 5, 1909, n° 9, 1 ; *R. di diritto civile*, 1911, pp. 37-70, a récemment rattachées à cet empereur dans des domaines plus douteux et en partie plus imprévus ; mais nous pouvons nous borner sur ce point à renvoyer à la réfutation solide et détaillée des conclusions de M. Riccobono présentée par M. Baviera, *Mélanges P. F. Girard*, 1, 1912, pp. 67-121. Enfin l'originalité antérieurement attribuée à l'œuvre de Justinien se trouverait au contraire sensiblement atténuée, s'il fallait admettre, d'une part, avec M. Collinet, *Etudes historiques sur le droit de Justinien* I. *Caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien*, 1912, qu'une bonne portion des réformes qu'on lui attribuait se ramènerait à la reconnaissance légale d'institutions helléniques qui n'auraient jamais disparu dans la moitié orientale de l'empire, et, d'autre part, avec M. Peters, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten* (*Berichte* de Leipzig, 1913, pp. 1-113), que tout l'essentiel du travail de composition, de dépouillement, de remaniements et de suppressions qu'on croyait, avec le système de Bluhme, p. 82, avoir été accompli par les compilateurs du Digeste aurait déjà été fait par les jurisconsultes de la génération antérieure à Justinien dans une compilation privée destinée à l'enseignement que les agents de Justinien n'auraient plus eu qu'à reviser et à compléter par endroits. Mais la dernière idée est à notre avis certainement fausse (p. 82, n. 1) et la première nous paraît comporter tout au moins de fortes restrictions.

1. V. sur l'histoire et les divers éléments de la codification de Justinien, Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, §§ 68-75 ; Krueger, *Sources*, §§ 42-48. 52-53.

tinien rendit une constitution prescrivant au *quaestor sacri palatii* Tribonien de composer une commission chargée de faire un recueil d'extraits de jurisconsultes qui fut pour le *jus* ce que le Code était pour les *leges*. Et la commission, formée de professeurs et de praticiens, mena très rapidement son travail qui se trouva terminé à la fin de l'an 532 par l'établissement d'un recueil désigné des noms latin et grec de *digesta* ou πανδεκται et promulgué le 16 décembre 533 pour entrer en vigueur le 30. — Justinien avait en outre fait rédiger dans l'intervalle un manuel inspiré de Gaius et portant comme le sien le nom d'*institutiones* qui fut promulgué quelques jours auparavant, le 21 novembre 533, pour avoir également force de loi à partir du 30 décembre. — D'autre part, ne jugeant plus la première édition du Code en harmonie avec les innovations faites par lui depuis l'an 529, il en publia, en 534, sous le nom de *codex repetitae praelectionis*, une édition refondue qui supplanta la première et qui nous est seule parvenue. — Enfin il rendit encore par la suite un certain nombre d'autres constitutions, pour la plupart en langue grecque, dont il n'a pas été fait de recueil officiel et qu'on appelle les novelles (*novellae constitutiones*, νεαραὶ διατάξεις). En somme, en laissant de côté la première édition du Code et les *quinquaginta decisiones* [1] qui ne nous sont pas parvenues, quatre éléments principaux : Institutes, Digeste, Code et Novelles.

Le Code (*Codex Justinianus, codex repetitae praelectionis*) est rédigé [2] selon le plan des Codes antérieurs, qui était, avec un préambule sur les sources et les magistratures, celui des *digesta* des jurisconsultes (p. 66).

Il se compose de douze livres divisés en titres ayant chacun une rubrique ; dans chaque titre, les *constitutions* ou *lois*, qui vont du temps d'Hadrien à l'an 534, sont reproduites dans l'ordre chronologique, du reste avec beaucoup de suppressions et de remaniements (*interpolationes, emblemata Triboniani*) destinés à les mettre d'accord avec le droit en vigueur. Ces interpolations ont été jusqu'à présent moins étudiées dans le Code que dans le Digeste, mais elles n'y sont ni plus douteuses ni moins intéressantes pour le temps qui va d'Hadrien jusques et y compris Dioclétien [3]. L'histoire très compliquée de la transmission du texte

1. V. sur l'essai de restitution de Di Marzo, *Le quinquaginta decisiones di Giustiniano*, Palerme, 1899-1900, Paul Krueger, *Aus Römischem und Bürgerlichem Recht* (*Festschrift E. J. Bekker*), 1907, pp. 1-11.

2. V. sur ses rapports avec les codes antérieurs l'étude sur ses sources commencée par M. Rotondi, *B. Ist. D. R.*, 25, 1913, pp. 175-246. 359-360.

3. V. pourtant déjà Gradenwitz, *B. Ist. D. R.*, 2, 1889, pp. 3-15 ; Marchi, *B. Ist. D. R.*, 18, 1906, pp. 5-114, et Paul Krueger, *Festgabe für Güterbock*, 1910, pp. 239-253. Cf. aussi les études d'H. Krueger sur la langue des constitutions du Code, *Archiv* de Woelflin, 10, pp. 247-252. 11, pp. 452-467, et le vocabulaire des constitutions latines de Justinien de M. Longo, *B. Ist. D. R.*, 10, 1897-1898. De nouvelles ressources seront fournies par un index du Code Justinien annoncé par M. de Mayr.

du Code peut être divisée en deux phases : une phase de concentration, où l'on a supprimé dans les manuscrits tout ce qui paraissait superflu, les trois derniers livres relatifs au droit pénal et administratif, les constitutions en langue grecque, et, pour les constitutions conservées, les inscriptions, mises en tête et indiquant les auteurs et leurs destinataires, et les souscriptions, mises à la fin, donnant leur date et leur lieu ; puis une phase de réintégration, où l'on a péniblement restitué, soit à l'aide de fragments de manuscrits anciens, soit à l'aide de sources grecques, ce qui avait été antérieurement détruit. La meilleure édition moderne en a été donnée par M. Paul Krueger [1].

Le Digeste (*Digesta Justiniani*) est divisé en 50 livres, tous subdivisés en plusieurs titres, sauf les livres 30-32. Les titres, munis de rubriques, sont divisés en *lois* ou *fragments*, qui sont des extraits de jurisconsultes, accommodés au droit en vigueur au moment de la confection du recueil, d'où la nécessité de rechercher les interpolations et les suppressions qui ont déjà été beaucoup plus étudiées pour eux que pour les constitutions du Code [2] ; enfin, ces fragments, qui indiquent leur origine par nom

1. *Codex Justinianus, recognovit P. Krueger*, 1877. Le texte et les notes les plus importantes sont reproduits dans l'édition stéréotype qui forme le tome II du *Corpus juris civilis* de Mommsen, Krueger et Schoell et dont les tirages successifs ont reçu certaines corrections, particulièrement à partir de l'éd. 8, 1906.

2. Les interpolations, qui ont mis dans les textes le droit du temps de Justinien à la place de celui du temps des jurisconsultes compilés, se distinguent par leur caractère prémédité des corruptions produites par l'ignorance et la maladresse des copistes, notamment de celles occasionnées soit par l'incorporation abusive de gloses dans le texte, soit par l'inintelligence d'abréviations de mss. antérieurs (v. sur ces dernières P. Krueger, *Mélanges Girard*, 2, pp. 35-42). Elles se découvrent comme elles par des procédés très divers et parfois d'un emploi fort délicat. L'interpolation se révèle d'abord matériellement quand deux versions discordantes du même texte sont données dans une source pure et dans la compilation (*F. V.*, 12 et *D.*, 18, 6, *De per. et comm.*, 19, 1 ; Gaius, 3, 140. 143 et *D.*, 19, 2, *Locati*, 25, *pr.*). Mais elle peut être établie avec une certitude égale quand le même texte a été donné à deux endroits par les compilateurs (*leges geminatae*) et qu'ils l'ont remanié seulement à l'un des deux (*D.*, 1, 10, *De off. cons.*, 1, 2 et 40, 2, *De manum. vind.*, 20, 4). Elle peut encore se manifester à des particularités de style, à des hellénismes, à l'emploi d'expressions, de tournures de bas latin étrangères aux jurisconsultes et familières à Justinien, parfois aussi à des solutions de continuité grammaticales qui viennent de pure négligence : accusatifs que rien ne gouverne (*D.*, 39, 5, *De don.*, 28), pronoms au féminin représentant un substantif masculin (*D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 8, 3). Elle résulte logiquement de l'interruption de l'ordre des idées du jurisconsulte, juridiquement de l'impossibilité que le jurisconsulte ait tenu le langage qui lui est attribué. Enfin elle peut être rendue probable, pour des groupes de textes, par la détermination de la matière traitée par le jurisconsulte dans la portion corrélative de l'ouvrage cité, ainsi que cela a été démontré par Lenel, avec un grand succès, pour les commentaires de l'édit et les ouvrages qui suivent le même ordre (transport à l'usucapion des solutions données sur l'*accessio possessionum* dans l'interdit *utrubi*, à l'*actio ex stipulatu duplae* des règles de l'*actio auctoritatis*, à l'*actio empti* de celles de l'*actio de modo agri*, à l'*actio pigneraticia* de celles de l'*actio fiduciae*, au pacte de constitut de celles du *receptum argentarii*, etc.). Pratiquement, la *Palingenesia* du même Lenel relève beaucoup de textes interpolés et, par une innovation logique faite presque

d'auteur, par ouvrage et, s'il y a lieu, par livre, et qui sont aujourd'hui numérotés, sont aussi subdivisés aujourd'hui, pour peu qu'ils soient un peu étendus, en *principium* et paragraphes. L'ordre général des titres est, avec quelques modifications systématiques, celui du Code et par conséquent des *digesta*. Quant à celui des fragments dans les titres, il est resté inaperçu jusqu'à notre siècle, où Bluhme a découvert en 1818 le procédé de travail de la commission duquel il est sorti [1]. Les ouvrages à dépouiller ont été divisés en trois groupes, trois masses ayant à leur tête, la première

en même temps en Italie et en Allemagne, les interpolations ont commencé à être notées au-dessous des textes du Digeste dans l'éd. stéréotype de Berlin depuis la 11e éd. donnée par M. Paul Krueger en 1908 et dans l'éd. portative italienne dont le tome I a paru à Milan en 1908. De plus les directeurs de la partie romaine de la *Z. S. St.* ont pris l'initiative de la confection d'un répertoire des interpolations dans lequel seront classées méthodiquement toutes les interpolations dont l'existence a été soutenue dans le Digeste, les Institutes et le Code de Justinien. V. l'appel inséré *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. I-XV. Nous citerons seulement, sur cet ordre d'études repris avec beaucoup de zèle dans les trente dernières années environ, les travaux spéciaux de Gradenwitz (*Interpolationen in den Pandekten*, 1887. *Z. S. St.*, 6, 1885, p. 56 et ss. ; 7, 1, 1886, p. 45 et ss. *Bull. Ist. D. R.*, 1889, p. 3 et ss.), d'Eisele (*Z. S. St.*, 7, 1, 1886, p. 15 et ss. ; 10, 1889, p. 296 et ss. ; 11, 1890, p. 1 et ss. ; 13, 1892, p. 118 et ss. ; 18, 1897, p. 1 et ss. ; 30, 1909, pp. 99-154), de G. Beseler (*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, 1910. 2, 1911. 3, 1913), et d'E. Albertario (nombreux opuscules publiés depuis 1910) et, en sens inverse, les observations de W. Kalb, *Die Iagd nach Interpolationen in den Digesten*, 1897, sur la possibilité d'établir par un contre-examen tiré de la langue de Justinien la sincérité de textes suspectés d'interpolation, et d'Ad. Berger, *K. V. I.*, 1912, pp. 397-445. 1914, pp. 147-152, sur les *Beiträge* de M. Beseler (cf. aussi Mitteis, *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 180-211). V. pour une bibliographie plus complète, Joers, dans Pauly-Wissowa, 5, 1, 1903, v° *Digesta*, pp. 530-541, et P. Bonfante, *Storia del diritto romano*, pp. 652-704. On peut légitimement attendre encore une nouvelle moisson de résultats, des études, également reprises très activement dans les dernières années, sur la langue des jurisconsultes et la latinité juridique. V Kalb, *Das Juristenlatein*, 2e éd., 1888, et *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, 1890, et surtout le *Vocabularium Jurisprudentiae Romanae* entrepris par MM. O. Gradenwitz, B. Kuebler et E. Th. Schulze et continué par MM. B. Kuebler, R. Helm et E. Volkmar (I, A-C, 1894-1903. II, 1, 1906. II, 2, 1913. III, 1, 1910. V, 1, 1910). Cf. encore la 9e éd. modifiée au point d'être un ouvrage nouveau et très bon, donnée par M. Seckel du *Handbuch zu den Quellen des römischen Rechts* de Heumann, 1906-1907. Mais dès aujourd'hui il faut, à notre avis, reconnaître que ces interpolations ont eu certainement une étendue et une importance qu'on ne pouvait soupçonner au début des recherches entreprises sur elles.

1. *Z. G. R.*, 4, 1820, pp. 257-472. Après avoir été unanimement admis pendant plus de quatre-vingts ans, le système de Bluhme a été attaqué par F. Hofmann, *Die Compilation der Digesten Justinians*, 1900, et aussi au fond, quoique sur un terrain différent, dans le travail plus ingénieux de Peters (*Berichte* de Leipzig, 1913, pp. 1-113), cité p. 78, n. 5. Mais voir les réponses décisives faites à Hofmann dans la *Z. S. St.*, 22, 1901, par Th Mommsen, pp. 1-11, et P. Krueger, pp. 12-49, et dans l'Encyclopédie de Pauly-Wissowa, v° *Digesta*, pp. 497-520, par Joers et à Peters par C. Rotondi, *Filangieri*, n° de septembre 1913, et O. Lenel, *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 373-390. Cf. encore, sur les traces du dépouillement simultané des trois masses qui apparaissent dans les premières constitutions rendues après le début du travail, Longo, *Bull. Ist. D. R.*, 19, 1907, pp. 132-160, pour celles du 18 février 531, et De Francisci, *Bull. Ist. D. R.* 22, 1910, pp. 155 207, pour celles du 30 avril.

les *libri ad Sabinum*, la seconde les *libri ad edictum*, la troisième les ouvrages de Papinien (série sabinienne, série édictale, série papinienne). Chacune de ces masses a été confiée à une sous-commission et ensuite les extraits faits par chaque sous-commission ont été mis bout à bout dans chaque titre, d'ailleurs dans un ordre variable et avec beaucoup d'interversions, parfois même avec adjonction de textes d'une quatrième masse peut-être constituée après coup [1]. Quant aux manuscrits, le problème longtemps discuté de leur valeur respective paraît avoir été tranché définitivement par M. Mommsen. Le seul manuscrit ancien est, avec quelques petits fragments palimpsestes qui sont à Naples et quelques feuilles de papyrus qui sont à Pommersfelden, un manuscrit excellent écrit par des copistes grecs au VIe siècle ou au VIIe et appelé la Florentine, parce qu'il est depuis l'an 1406 à Florence, ou la *littera Pisana*, parce qu'il était auparavant à Pise [2]. En face il existe un très grand nombre de manuscrits du XIe et du XIIe siècles contenant du Digeste un texte généralement divisé en trois parties : *digestum vetus*, *infortiatum* et *digestum novum*, qu'on appelle d'ordinaire par opposition *littera vulgaris* ou vulgate. M. Mommsen a démontré que les manuscrits de la vulgate viennent tous d'un manuscrit unique qui a été copié sur la Florentine, mais avec collation d'un manuscrit indépendant aujourd'hui perdu et fournissant quelques bonnes corrections jusqu'au livre 35 [3]. C'est en partant de ce principe qu'il a établi le texte de son édition du Digeste [4] qui est aujourd'hui incomparablement la meilleure [5].

1. La grande édition du Digeste de Mommsen indique, pour chaque texte, à quelle masse il appartient et les mêmes renvois sont rassemblés, dans l'édition stéréotype, au début de chaque titre. On trouvera, à la fin de l'une et l'autre, un tableau de la répartition des ouvrages entre les quatre masses.

2. Reproduction phototypique du ms. de Florence en cours de publication sous le titre *Justiniani Augusti Digestorum seu pandectarum codex Florentinus olim Pisanus phototype expressus*, in-folio, Rome, 1902-1911.

3. V. sur l'histoire des mss. la préface mise par Mommsen en tête de la grande édition. Cf. Kantorowicz, *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 183-271. 31, 1910, pp. 14-88.

4. *Digesta Justiniani Augusti recognovit Th. Mommsen*, 2 vol., Berlin, 1866-1870. Le texte et les notes les plus importantes sont reproduites dans l'édition stéréotype qui se trouve au tome I du *Corpus* de Mommsen, Krueger et Schoell et dont les éd. 11 (1908) et 12 (1911) sont préférables aux précédentes, notamment à cause des indications d'interpolations signalées p. 81, n. 2. Nous avons mentionné au même lieu le même mérite et le caractère portatif de l'édition italienne (*Digesta Justiniani Augusti recogn. et ed. Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono, Scialoja, libri I-XXVIII*, Milan, 1908, 1 vol. in-12).

5. Depuis près d'un demi-siècle que l'édition existe, les méthodes suivies dans sa confection n'ont provoqué d'observations qu'à trois points de vue, tous trois relatifs à des questions soulevées depuis la publication du livre. M. Kantorowicz a soutenu, *Z. S. St.*, 30, p. 223 et ss., que les corrections apportées au texte de la Florentine dans les mss. de la vulgate ne se seraient pas restreintes à une portion du Digeste et son argumentation a obtenu l'adhésion de M. Lenel, *Gesch. und Quellen* ; mais en revanche elle n'a pas paru probante à M. P. Krueger, *Gesch. der Quellen*, 2e éd., p. 396, n. 5 ; cf. p. 438, n. 17. Les éditeurs italiens du Di-

Les Institutes de Justinien (*Justiniani institutiones*) sont un manuel en quatre livres, divisés en titres pourvus de rubriques et aujourd'hui en paragraphes, écrit sur le plan des Institutes de Gaius. Elles se composent, comme le Digeste, presque exclusivement d'extraits de jurisconsultes qui seulement n'indiquent pas leur source et qui ont été pris, avec des remaniements analogues à ceux apportés aux textes primitifs dans le Digeste et le Code, parfois dans le Digeste, le plus souvent dans des ouvrages originaux de même ordre [1]. La rédaction en a été confiée à une commission de trois membres : Tribonien, Dorothée et Théophile, entre lesquels on a démontré par des arguments philologiques que le travail fut réparti par moitié probablement entre Théophile et Dorothée, tandis que Tribonien se réservait la présidence. Les Institutes nous ont été transmises par des manuscrits assez défectueux dont aucun ne remonte plus haut que le IXe siècle. La meilleure édition moderne en a été donnée par M. Paul Krueger [2].

Quant aux Novelles, il nous en a été conservé trois recueils privés, deux latins, l'*Epitome* de Julien et l'*Authenticum*, et un grec, le plus complet, connu en Occident seulement depuis le XVe siècle. La meilleure édition moderne commencée par M. Schoell et terminée après son décès par M. Kroll [3], donne à la fois le texte de la collection grecque accompagné d'une traduction latine et le texte latin de l'*Authenticum*.

Ce sont ces quatre éléments qu'on a pris depuis des siècles l'habitude

geste ont remarqué dans leur préface, p. vi, que Mommsen a, comme leur collaborateur Ferrini, accordé trop de confiance aux textes grecs et en particulier à ceux conservés dans les Basiliques notamment en partant de l'idée aujourd'hui démentie selon laquelle ils n'auraient d'autre source que les compilations de Justinien. Enfin l'observation la plus grave se rapporte à notre sens, aux interpolations par lesquelles les textes classiques ont été contaminés, dans une proportion que nul ne pouvait soupçonner en 1870 où Mommsen acheva son travail : la conséquence a été, nous semble-t-il, incontestable (v. *N. R. H.* 36, 1912, pp. 567-572), que plus d'une fois Mommsen a fait ses restitutions de textes il y a cinquante ans, conformément à l'état de la science d'alors, d'une façon différente de celle dont il les ferait aujourd'hui conformément à l'état présent de la science, qu'il a plus d'une fois restitué des textes incorrects, en considérant l'incorrection comme venant d'une inadvertance de copiste, autrement qu'il ne les restituerait aujourd'hui, en la considérant comme venant d'une volonté réfléchie.

1. V. sur ce point Ferrini, *Rendiconti dell'ist. Lombardo*, 23, 1890, pp. 131-180 ; *Bull. di D. R.*, 13, 1900, pp. 101-207 ; Appleton, *R. Gén.*, 1890, pp. 12-41, 97-125. En sens contraire, Mispoulet, *N. R. H.*, 1890, p. 5-30. Cf. en outre aujourd'hui Zocco-Rosa, *Imp. Justiniani Institutionum Palingenesia*, 2 vol. in-8°, Catane, 1908-1911, tome 3 en préparation, et les observations de M. Zocco-Rosa, *Mélanges Girard*, 2, pp. 645-657.

2. D'abord, en 1867, dans une 1re édition in-8°, puis, avec quelques perfectionnements, dans le tome I de l'éd. stéréotype du *Corpus*, puis, en 1899, dans une 2e édition in-8° (Berlin, Weidmann). C'est le texte que nous avons ordinairement suivi dans l'édition des Institutes contenue dans nos *Textes*, p. 632 et ss. Palingénésie citée n. 1 ; index annoncé par M. Vassalli.

3. *Corpus juris civilis, ed. stereotypa III : Novellae recognovit R. Schoell, opus absolvit G. Kroll*, 1870-1875.

de rassembler avec quelques additions, sous le nom de *Corpus juris*, ou par opposition au *Corpus juris canonici*, de *Corpus juris civilis*. Ce sont eux qui constituent pour nous l'œuvre de Justinien, très importante en elle-même et encore plus importante par l'influence qu'elle a exercée sur la science et la pratique. Cette œuvre a été tantôt très surfaite et tantôt très rabaissée. Sans parler d'autres points moins essentiels, on a justement reproché à Justinien d'avoir, dans son travail de codification, respecté la séparation purement historique du *jus* et des *leges* et d'y avoir, sauf dans les novelles, procédé par voie de coupures au lieu d'écrire lui-même ses lois. Mais ces deux imperfections législatives se trouvent être pour nous deux avantages qu'il n'avait pas prévus ; car elles nous permettent de mieux voir, à travers ses compilations, le droit antérieur dont nous cherchons surtout à connaître l'histoire et pour l'étude duquel elles constituent encore aujourd'hui la collection de matériaux la plus abondante.

III. Ouvrages postérieurs à Justinien [1]. — Justinien avait eu la fatuité de défendre comme inutiles et nuisibles les commentaires proprement dits qu'on voudrait faire de ses compilations. Mais si cette prohibition a eu une influence sur la forme de la littérature postérieure, elle n'a pas empêché sa codification d'être, comme il arrive d'ordinaire, le point de départ de toute une littérature qui commence avant sa mort et ne finit qu'avec la chute de l'empire d'Orient. Nous citerons seulement dans cette littérature comme les monuments les plus indispensables pour l'intelligence du droit de Justinien et du droit antérieur : 1° la paraphrase grecque des Institutes généralement attribuée au collaborateur de Justinien, Théophile, et qui semble avoir été composée très peu de temps après la publication, dès avant l'apparition de la seconde édition du Code : on y trouve, au milieu de beaucoup d'erreurs surprenantes, certaines informations utiles, notamment sur le droit antérieur à Justinien [2] ; 2° les Basiliques, compilation grecque divisée en soixante livres eux-mêmes subdivisés en titres, de tout le droit de Justinien encore en vigueur au IX[e] siècle, où chaque titre fusionne en un tout les textes symétriques des Institutes, du Digeste, du Code et des Novelles et qui a ensuite été complétée par un appareil de scolies tiré de toute la littérature juridique grecque. Les Basiliques ont été rédigées par ordre de Léon le Philosophe (888-911) et les scolies y ont été ajoutées dans le cours du X[e] siècle. Nous possédons les Basiliques à peu près intégralement et les scolies en grande partie [3] ; 3° en Occident, la Glose

1. Krueger, *Sources*, §§ 49-50. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, § 70.

2. Edition nouvelle par Ferrini, *Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, 1884-1897. Edition plus ancienne de Reitz, *Theophili antecessoris paraphrasis Graeca institutionum*, 2 vol., 1754.

3. La meilleure édition, encore défectueuse, est celle de Heimbach, *Basilicorum*

des Institutes de Turin [1], ainsi nommée du manuscrit des Institutes en marge duquel elle se trouve, recueil de scolies latines des Institutes écrites au temps de Justinien et dont l'auteur paraît avoir eu à sa disposition des sources aujourd'hui perdues [2].

CHAPITRE IV. — LE DROIT ROMAIN EN OCCIDENT.

Il ne peut être question de faire ici une véritable histoire du droit romain dans la période qui s'étend des compilations barbares et des recueils de Justinien à notre temps. Peut-être cependant l'indication sommaire de quelques points de repère pourra-t-elle guider utilement à travers le large terrain qui sépare les textes anciens de leurs interprètes modernes.

libri LX ed. E. Heimbach, 7 vol. 1833-1897 (le tome 7 est un supplément dû à Ferrini et Mercati). Cf. sur la disposition des mss. et les *catenae* juridiques, symétriques à celles de la littérature théologique, dont viennent les scolies, Peters, *Berichte* de Leipzig, 65, 1913, pp. 1-28. Les autres ouvrages juridiques byzantins les plus importants se trouvent dans Zachariae, *Jus Graeco-Romanum*, 7 vol., 1856-1884. (Ajouter le fragment d'un *index* du Digeste antérieur à la fin du VIe siècle publié par M. Vassalli, *B. Ist. D. R.*, 24, 1912, pp. 180-202). V. aussi sur l'histoire du droit byzantin, Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, 3 vol., 1843 ; Zachariae, *Historia juris Graeco-Romani*, 1839, et *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 3e éd., 1892 (*Histoire du droit privé gréco-romain*, trad. sur la 1re éd. par Lauth, 1870).

1. Ed. P. Krueger, *Z. R. G.*, 7, p. 44 et ss.

2. Ici encore nous serions incomplets en ne signalant pas, après les monuments juridiques proprement dits, les renseignements fournis par les actes et les auteurs extrajuridiques. — Pour les actes, il faut, à côté d'autres titres cités par Krueger, *Sources*, § 39, relever surtout la riche collection des papyrus de Ravenne du Ve, du VIe et du VIIe siècles publiée avec un commentaire excellent par Gaetano Marini, *Papiri diplomatici*, 1805. — Quant aux sources littéraires, outre les *scriptores historiae Augustae*, dont la critique devrait être reprise au point de vue juridique aussi bien qu'aux autres en partant de travaux récemment publiés sur leur date véritable, en particulier par Dessau, *Hermes*, 24, p. 337 et ss., 27, p. 561 et ss., et Mommsen, *Hermes*, 25, p. 228 et ss. = *Gesammelte Schriften*, 7, 1909, p. 302 et ss., on peut surtout avoir à consulter : les lettres de Symmaque, préfet de la ville en 384 et 385, où se trouvent des lettres officielles aux empereurs intéressantes pour la procédure et même pour le fond du droit : commentaires de Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, 3, p. 352 et ss., Kipp, *Litisdenuntiatio*, 1887, Baron, *Litisdenuntiatio*, 1887, et Ubbelohde, dans Glück, série des livres 43 et 44 ; édition O. Seek, *Monumenta Germaniae*, 1883 ; les *variae* de Cassiodore, né vers 482, mor en 575, éditées par Mommsen, *Monumenta Germaniae*, 1894, où il y a des formulaires d'actes officiels (légitimation, *venia aetatis*, etc.) ; les lettres de Sidoine Apollinaire, évêque de Clermont, au Ve siècle, très intéressantes pour le droit romain à l'époque barbare ; cf. Esmein, *Mélanges*, p. 359 et ss. ; édition Lutjohann, *Monumenta Germaniae*, 1887 ; les *origines* d'Isidore de Séville, mort vers 636, qui contiennent, surtout au 5e livre, des définitions de termes juridiques empruntées à de bonnes sources ; principaux passages dans Bruns, *Fontes*, 2, pp. 79-85.

Tout le monde reconnaît aujourd'hui que la transmission du droit romain n'a jamais été coupée par une solution de continuité complète, que notamment, dès avant la fondation de l'école de Bologne, le droit romain continuait à faire en France et en Italie l'objet d'un enseignement et d'une littérature dont l'activité n'avait jamais entièrement cessé. « On peut seulement discuter et on discute vivement trois points : l'étendue et la profondeur de l'enseignement, la hauteur des travaux scientifiques et la mesure dans laquelle ils ont pu, par la méthode et le contenu, servir de modèle et de base aux glossateurs [1]. »

L'œuvre des glossateurs [2] commence à Bologne à la fin du XI[e] siècle. Le droit romain a certainement été enseigné à Bologne avant Irnerius qui commença à y professer vers 1088 et mourut après 1125. Mais c'est à lui que remonte la fondation de la célèbre école de jurisconsultes qui porte le nom d'école des *glossateurs*. Le nom des glossateurs leur vient des *gloses*, interlinéaires et marginales, par lesquelles ils avaient coutume d'éclairer les textes dans les manuscrits, peut-être suivant un usage emprunté aux anciennes écoles de droit lombardes. Mais il faut en outre citer, parmi leurs travaux, les *casus*, dans lesquels ils reconstituaient les hypothèses visées par les textes, et des *sommes*, dans lesquelles ils résumaient titre par titre tel ou tel des recueils de Justinien. Ils ont, par un travail exégétique très remarquable et resté fort utile, malgré d'énormes défectuosités provenant de leur ignorance de l'histoire romaine et de la littérature, dépouillé minutieusement, dans l'ensemble et le détail, les textes des compilations de Justinien considérées comme un corps de droit en vigueur [3]. L'œuvre des glossateurs, dont les plus célèbres ont été après Irnerius, Martin, Bulgare, Jacob et Hugo, appelés les quatre docteurs,

1. Bruns-Lenel, *Gesch. und Quell.*, §§ 73-74 ; cf. Esmein, *Hist. du droit français*, p. 832 et ss. Brissaud, *Manuel*, p. 170. L'admirable ouvrage de Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2[e] éd., 1834-1851, reste toujours fondamental pour toute la période qui s'étend jusqu'à Alciat. Mais les solutions qu'il avait dégagées ont pu être précisées et rectifiées, notamment pour ces temps intermédiaires, par la critique plus récente. Les arguments en faveur de la continuité ont été particulièrement développés dans les études pénétrantes de M. Fitting. Cf. en sens contraire, Flach, *Études critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge*, Paris, 1890. L'ouvrage très riche en informations de M. Max Conrat, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, 1, 1889-1891, garde aussi une attitude un peu réservée en face des doctrines de M. Fitting.

2. V. outre les tomes 3 à 5 de Savigny, Esmein, p. 835 et ss., et Brissaud, p. 192 et ss., chez lesquels on trouvera indiquée la littérature plus récente.

3. Ce point de vue explique comment ils crurent utile : 1° d'indiquer dans le Code, à la suite des constitutions originales, le contenu des novelles plus récentes qui les avaient modifiées ; ce sont ces extraits désignés par eux du nom d'*authentica*, qui constituent les Authentiques, restées longtemps incorporées à la suite des constitutions dans les éditions courantes du *Corpus juris civilis* et justement exclues des éditions scientifiques modernes ; 2° d'ajouter au *Corpus* un certain nombre de documents tels que les *libri feudorum* qui ne sont pas d'origine romaine et qui sont aussi justement écartés des mêmes éditions.

puis Rogerius, puis le professeur de Montpellier Placentin, mort en 1192, et enfin Otto et Azo, se termina, dans le premier tiers du XIII[e] siècle, par la publication d'un travail de compilation méthodique, la grande glose rédigée par Accurse (1182-1260), dans laquelle se trouvaient incorporées et classées les gloses les plus importantes des divers docteurs et qui obtint dans la pratique et la doctrine un succès extraordinaire.

Le succès de cette compilation était, comme il arrive souvent, le symptôme d'une décadence qu'il ne fit qu'accentuer à son tour. La glose devint une sorte de monument législatif qu'on commentait dans les écoles et qu'on invoquait devant les tribunaux à la place des recueils de Justinien. L'étude directe des sources est absente des traités diffus, encombrés de subtilités et de divisions inutiles, dans lesquels les jurisconsultes postérieurs ont accommodé à l'exposition du droit les procédés de la dialectique scolastique. A la vérité, le droit n'est pas pour cela resté immobile, pas plus alors qu'en aucun temps. Les auteurs de cette littérature indigeste qui se multiplie du XIV[e] siècle au XVI[e], les *post-glossateurs* ou les *Bartolistes*, comme on les appelle du nom du plus célèbre d'entre eux, l'Italien Bartole de Sassoferrato (1314-1357), et parmi lesquels les plus connus ont été, outre Bartole, son maître Cinus de Pistoie, puis Balde, Paul de Castro, Jason de Mayno, etc., ont, sous prétexte de droit romain, construit beaucoup de droit nouveau, et c'est l'explication de l'influence acquise par eux non seulement en Italie, mais en France, en Allemagne [1] et dans à peu près toute l'Europe savante où ils ont exercé une domination presque exclusive jusqu'au XVI[e] siècle [2]. Sous ce rapport, ils ont joué un rôle considérable dans l'histoire générale du droit. Ils n'en ont joué aucun dans celle de la science du droit romain proprement dite.

Une nouvelle période commence, au contraire, au XVI[e] siècle, pour le droit romain, par contre-coup de la renaissance des études classiques [3]. Le même mouvement, qui avait ramené l'attention sur les autres monuments de l'Antiquité, conduisit à étudier les monuments juridiques, non plus à la façon des glossateurs, en eux seuls et dans leur état le plus récent, en qualité de droit positif qu'il faut prendre dans sa forme matérielle dernière, mais comme une branche de la tradition antique qu'il fallait reconstituer dans sa physionomie la plus pure, en cherchant à

1. Sur la réception du droit romain en Allemagne, voir par exemple Dernburg-Sokolowski, 1, §§ 2-3, et les auteurs cités.

2. Le tome 6 de Savigny est consacré aux Bartolistes. V. en outre Flach, *N. R. H.*, 1883, p. 218 et ss. ; Esmein, p. 841 et ss. ; Brissaud, p. 213 et ss.

3. V. en général sur cette période, Esmein, p. 843 et ss. ; Brissaud, p. 347 et ss. ; Stintzing, *Geschichte der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 1, 1880, pp. 307-385 ; A. Tardif, *Histoire des sources du droit français, origines romaines*, 1890, p. 464 et ss. On trouvera aussi des listes très complètes des jurisconsultes de cette période et des suivantes dans Rivier, *Introduction historique*, p. 583 et ss.

rendre leur forme et leur sens originaux aux documents conservés dans les compilations de Justinien, en employant à côté d'eux, comme des instruments d'égale valeur, les renseignements fournis par la littérature extra-juridique et les textes du droit antéjustinien récemment retirés de l'oubli.

Ce mouvement, qui tendait en somme à restituer le droit romain dans sa vérité historique au lieu d'essayer de l'interpréter dans sa forme légale définitive, a eu pour précurseur l'Italien André Alciat (1492-1540), successivement professeur à Avignon, Bourges, Pavie, Bologne, Ferrare, auprès duquel on cite souvent justement l'helléniste parisien Guillaume Budé (1468-1540) et l'Allemand Ulrich Zasius, professeur à Fribourg-en-Brisgau (1461-1535) [1]. Son plus illustre représentant a été le grand romaniste français Jacques Cujas [2], né à Toulouse en 1522, mort en 1590, qui professa principalement à Valence et à Bourges et qui a eu pour élèves une infinité d'hommes célèbres de tous les pays, le jurisconsulte ancien qui a uni, au degré le plus élevé, au sens juridique proprement dit, la sagacité critique et les connaissances philologiques et historiques nécessaires pour une interprétation parfaitement éclairée du droit romain. Parmi ses nombreux travaux, tous consacrés à l'étude exégétique des sources, les plus importants sont, outre de fort bonnes éditions savantes de textes antérieurement inédits ou publiés d'une manière défectueuse, 28 livres d'*observationes et emendationes*, donnant sans ordre une foule d'interprétations, de corrections, de restitutions ou de conjectures et de multiples ouvrages, en général sortis de son enseignement, destinés à rétablir dans leur forme première et à commenter dans leur sens original des écrits de jurisconsultes romains morcelés dans les compilations de Justinien (*tractatus ad Africanum*, commentaires sur Papinien, *recitationes sollemnes* sur Paul, Ulpien, Marcellus, Julien, Cervidius Scaevola, etc.). — En face de lui on doit citer son adversaire et son

1. Zasius a fait l'objet d'une excellente monographie savante de Stintzing, *Ulrich Zasius*, 1857 (v. en outre le même, *Gesch. d. Rechtswiss.*, 1, pp. 155-172. Bremer, *Z. S. St.*, *Germ. Abth.*, 18, 1897, p. 170 et ss.). On peut consulter sur Budé les travaux de M. Delaruelle (*G. Budé*, 1, 1907. *Répertoire de la correspondance de Budé*, 1907) et sur Alciat, une brochure de M. E. von Moeller (*Andreas Alciat*, Breslau, 1907) qui citent la littérature plus ancienne.

2. Le meilleur ouvrage sur Cujas reste encore, malgré sa forme vieillie, celui de Berriat Saint-Prix, *Histoire du droit romain suivie de l'histoire de Cujas*, 1821, qu'on n'a guère fait depuis que démarquer. La traduction allemande de Spangenberg, *J. Cujas und seine Zeitgenossen*, 1882, contient, en plus, outre quelques notes, une bibliographie commode des œuvres de Cujas, pp. 231-307. La lettre de Savigny, *Themis*, 4, 1822, pp. 194-207, contient aussi des additions importantes. *Opera omnia*, éditées par A. Fabrot en 10 vol., Paris, 1658. On recherche davantage les réimpressions de Naples, 1722-1727, et de Venise, 1758-1783, en 11 vol., non pas à cause de quelques additions médiocres, mais parce que c'est à elles que se réfère le plus aisément une table générale en deux volumes intitulée *Promptuarium operam Jac. Cujacii auctore Dom. Albanensi*, 2 vol., 1763 ; 2e édit., 1795.

unique rival sérieux, Hugues Doneau, né en 1527 à Chalon-sur-Saône, professeur à Bourges, puis, après avoir été éloigné de France par ses idées religieuses, à Heidelberg, à Leyde et à Altdorf près Nuremberg, où il mourut en 1591, qui s'est précisément surtout distingué dans le domaine de la science juridique que Cujas s'était abstenu d'aborder, dans celui des généralisations systématiques, et dont les *commentarii juris civilis* sont restés pendant des siècles à peu près le meilleur exposé méthodique de droit romain [1].

Nous nommerons en outre François Le Douaren (Duarenus), né à Moncontour (Côtes-du-Nord) en 1509, mort à Bourges en 1559, maître de Doneau et comme ce dernier adversaire de Cujas, avant lequel il avait donné à Bourges un enseignement fortement empreint de l'esprit nouveau [2]; François Baudouin (Balduinus, 1520-1573), auteur de bons travaux historiques et très mêlé aux luttes religieuses de son temps; l'érudit Barnabé Brisson (1531-1591); les deux frères Pithou, Pierre (1539-1596) et François (1543-1621), élèves et amis très proches de Cujas; le jurisconsulte et philologue Hubertus Giphanius (van Giffen, 1534-1616), qui a surtout enseigné en Allemagne, mais qui appartient encore à l'école française par ses maîtres et ses relations scientifiques [3]; puis d'autres savants contemporains, qui sont au contraire demeurés étrangers à cette école tout en suivant des voies parallèles : tout au début du mouvement, en Allemagne, Haloander (Grégoire Meltzer, 1501-1531), resté justement célèbre par les éditions *noriques* des recueils de Justinien publiées à Nuremberg en 1529-1531 [4], aux Pays-Bas, Viglius Zuichemus, ainsi nommé de la ville de Zwickem près de laquelle il était né en 1507, mort en 1577, premier éditeur de la paraphrase de Théophile [5], en Espagne, l'évêque de Tarragone Antonius Augustinus (1516-1586), qui a été avec Cujas le principal restaurateur des constitutions grecques du Code [6]; enfin le professeur de Genève né à Paris, Denis Godefroy (D. Gothofredus, 1549-1622), que nous citons en dernier lieu parce que son édition du *Corpus juris civilis* a été jusqu'à un certain point pour l'œuvre des Romanistes du XVIe siècle ce que la grande glose

1. Eyssel, *Doneau, sa vie et ses ouvrages*, 1860. Ajoutez Stintzing, *Doneau in Altdorf*, 1869 ; H. Buhl, *Doneau in Heidelberg*, *Neue Heidelberger Jahrbücher*, 2, 1892, pp. 280-313. *Opera omnia*, Lucques, 1762-1770, par ex.

2. Jobbé-Duval, *François le Douaren* (*Duarenus*), *1509-1559*, *Mélanges Girard*, 1, pp. 573-621.

3. Stintzing, *Gesch. d. Rechswiss.*, 1, pp. 405-414.

4. Stintzing, pp. 180-203. V. le même, p. 209 et ss., sur les éditeurs de Bâle.

5. Stintzing, pp. 220-228.

6. Biographie la plus récente dans Maassen, *Geschichte der Quellen und der Litteratur des canonischen Rechts*, 1, 1870, pp. XIX-XXXIV. Sur sa valeur parfois un peu surfaite de philologue, cf. Ch. Graux, *Essai sur les origines du fonds grec de l'Escurial*, 1880, pp. 13-17. — *Opera omnia*, Lucques, 1765-1774.

avait été pour l'œuvre des glossateurs, le véhicule qui en a conduit les résultats dans la pratique [1].

Au XVII[e] siècle et au XVIII[e], on rencontre encore des interprètes remarquables du droit romain : en Savoie, le président Favre (Antonius Faber, 1557-1624), grand découvreur de tribonianismes, auquel la vogue nouvelle des recherches sur les interpolations a valu un regain de notoriété ; à Genève, Jacques Godefroy, fils de Denis (1587-1652), auteur d'un commentaire magistral du Code Théodosien, qui peut, à raison de ses origines nationales et scientifiques, être compté parmi les grands romanistes français, qui mérite en tout cas mieux le nom de romaniste que les civilistes Domat (1625-1696) et même Pothier (1699-1772) ; en Allemagne, J. T. Heineccius (1681-1741), auteur de bons travaux sur l'histoire du droit romain ; enfin, en Hollande, les membres de l'école qui a été la plus digne héritière de l'école française du XVI[e] siècle, Ant. Vinnius (1588-1657), Jean Voet (1647-1713), Gérard Noodt (1647-1725), Ant. Schulting (1659-1734), Corneille van Bynkershoek (1659-1743), etc. Mais il y a là plutôt les derniers reflets d'une lumière passée que les commencements d'une lumière nouvelle.

La renaissance s'est faite, au XIX[e] siècle, dans le pays qui était resté en somme le plus étranger au grand réveil du XVI[e] siècle, en Allemagne, et cette fois aussi elle a été la conséquence d'un rajeunissement général des études de philologie et d'histoire. On a pu encore lui chercher des précurseurs, par exemple le vieil historien du droit romain G. Hugo (1764-1844). Mais le promoteur direct et le représentant le plus brillant en a été l'illustre Frédéric Charles de Savigny, né à Francfort-sur-le-Mein en 1779, professeur à Berlin de 1818 à 1842, ensuite ministre du gouvernement prussien jusqu'en 1848, et mort en 1861, auteur du *Système de droit romain* (inachevé), du *Traité de la possession* et de l'*Histoire du droit romain au moyen âge* [2], et fondateur de l'école historique.

Cette école, qui a renouvelé la science du droit romain dans le dernier siècle, a pris sa force dans un principe que Savigny eut le mérite d'affirmer et de pratiquer dès le premier jour : le principe que le droit d'un peuple est un produit historique et non pas quelque chose d'accidentel et d'arbitraire et que par suite l'intelligence des lois romaines peut seulement être acquise par cette union des vues d'ensemble et des recherches d'érudition technique qui est la condition essentielle de toute

1. Stintzing, pp. 385-388, et sur son éd. du *Corpus*, le même, pp. 208-209.

2. Il existe des traductions françaises des premiers ouvrages (*Traité de droit romain*, tr. Guenoux, 8 vol., 1851-1855. *Traité de la possession*, tr. sur la 7[e] éd. allemande par H. Staedler, 1866) et des premiers vol. du troisième (tr. Guenoux, 3 vol., 1839). Un autre ouvrage de Savigny, *Le droit des obligations*, a été traduit par MM. Gérardin et Jozon, 2 vol., 2[e] édition, 1873.

étude historique sérieuse. Par là l'œuvre de Savigny reste le point de départ de tout le merveilleux développement qui s'est accompli depuis lui, jusqu'à présent surtout en Allemagne, et qui n'est certainement pas encore terminé. Sans doute, les recherches dont il avait donné l'exemple avec une rare maîtrise, avec une singulière intelligence des textes et une étonnante connaissance des sources imprimées et manuscrites les plus diverses, se sont continuées après lui et parfois contre lui, souvent au point de rendre ceux qui croiraient toute la science enfermée dans ses ouvrages aussi infidèles à la vérité que l'étaient les postglossateurs concentrés dans la contemplation de la glose. Sans doute aussi, l'activité de lui et de ses contemporains a été puissamment secondée par des découvertes de textes nouveaux qui sont une nouvelle ressemblance entre la renaissance du XVI[e] siècle et celle du XIX[e]. Mais, cette fois comme au XVI[e] siècle, il serait puéril de prendre l'effet pour la cause : on a trouvé des documents jusqu'alors inconnus, au temps de Savigny comme à celui de Cujas, parce que la résurrection de la curiosité scientifique en a provoqué la recherche ; la découverte du manuscrit de Vérone des Institutes de Gaius date de 1816 et Savigny est déjà tout entier dans la première édition de son traité de la possession publiée en 1803. Si, d'autre part, Savigny a fait de sa méthode des applications que nous croyons fausses, s'il s'est parfois laissé entraîner aux séductions d'une dialectique trop rigoureuse, si plus souvent, comme c'est le sort mélancolique des travaux d'érudition, la suite même des recherches ouvertes par lui a renversé les solutions provisoires qu'il avait tirées de ses premières découvertes, cela n'empêche pas que tous ceux qui de nos jours ont étudié scientifiquement le droit romain se sont ressenti et ont bénéficié de son action, même ceux qui ont le plus vigoureusement combattu certaines de ses conceptions et ses méthodes, même celui que ses qualités opposées, son sens robuste de la vie positive et des réalités juridiques ont fait le plus dangereux pour les déductions logiques et froides de Savigny, même Rodolphe de Ihering enlevé, lui aussi, après une longue carrière et une action puissante [1] et que nous citons volontairement seul ici, à côté de l'auteur du *Système de droit romain*, parmi tous les romanistes modernes dont on rencontrera les noms dans ce livre [2].

1. Outre l'*Esprit du droit romain*, qui reste son œuvre capitale, un certain nombre d'autres travaux de R. de Ihering que nous citons en leur lieu ont été traduits par M. de Meulenaere.

2. On trouvera une énumération des romanistes du XIX[e] siècle, morts avant 1881, dans Rivier, *Introduction*, pp. 623-637. Les *Institutionen* de Salkowski, 9[e] éd. mise à jour par Lenel, 1907, pp. 65-66, donnent en quelques lignes des caractéristiques intéressantes des romanistes allemands Haubold (1766-1824), Hasse (1779-1830), Puchta (1798-1846), Muehlenbruch (1785-1843), Dirksen (1790-1868), de Keller (1799-1860), de Vangerow (1808-1870), Boecking (1802-1870), Rudorff (1803-1873), de Waechter (1797-1880), Bruns (1816-1880), Huschke (1801-1886), de Brinz (1820-1887), de Ihering (1818-1892), Windscheid (1817-1892), Alfred Pernice (1841-1901) et Th. Mommsen (1817-1903).

LIVRE II

LES PERSONNES

La personnalité, désignée, surtout dans la langue récente, par le mot *persona*, dans une langue plus ancienne et plus technique par le terme *caput* [1], est l'aptitude à être le sujet de droits et de devoirs légaux, à jouer un rôle dans la vie juridique.

Elle n'appartient, en principe, qu'à l'homme et par conséquent elle commence à la naissance et elle finit à la mort, tout en s'étendant un peu au delà de ces deux points extrêmes en vertu de deux systèmes que nous retrouverons : avant la naissance, en vertu de la règle que l'enfant conçu est réputé déjà né dans la mesure où son intérêt le demande [2] ; après la mort, en vertu de la règle que l'hérédité jacente représente le défunt dans l'intérêt de l'héritier futur [3].

Mais la personnalité n'appartient pas à Rome à tous les hommes. Le droit romain et toutes les législations anciennes considèrent la personnalité comme un privilège n'existant qu'à certaines conditions. Il faut, pour avoir une personnalité, dans la notion première, et plus tard tout au moins pour avoir une personnalité complète, réunir trois éléments dont l'ensemble constitue le *caput* [4] : être libre et non pas esclave, au point de vue de la liberté ; être citoyen et non pas Latin ou pérégrin, au

1. V. sur *persona*, Windscheid, *Pandekten*, 1, § 49, n. 6 ; Schlossmann, *Persona und πρόσωπον*, *Festschrift* de Kiel, 1906, et Skutsch, *Archiv* de Woelflin, 15, 1908, pp. 145-146 ; sur *caput*, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 6 et ss. ; Pernice, *Labeo*, 1, p. 97 et ss.

2. *Nasciturus pro nato habetur ; infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, dit-on. V. Paul, *D.*, 1, 5, *De statu hominum*, 7. *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 231. En partant de là, on lui accordera un droit de succession à son père prédécédé en vertu d'une règle qu'on rattache aux XII Tables (Ulpien, *D.*, 38, 16, *De suis et legitimis*, 3, 9) et beaucoup d'autres avantages de droit privé et même, à l'époque récente, de droit pénal (prohibition de l'avortement). Mais la règle, n'étant établie que dans son intérêt, disparaîtra quand il naîtra mort (ou peut-être même non viable). Cf. Pernice, *Labeo*, 1, p. 196 et ss. et Regelsberger, *Pandekten*, 1, § 58.

3. *Hereditas jacens sustinet personam defuncti*, dit-on. Cf. Ulpien, *D.*, 41, 1, *De acq. rer. dom.*, 34. Hermogénien, *D.*, *h. t.*, 61, *pr.*

4. Paul, *D.*, 4, 5, *De cap. min.*, 11 : *Tria enim sunt quae habemus : libertatem, civitatem, familiam.*

point de vue de la cité ; être chef de famille et non pas en puissance, au point de vue de la famille. Ceux qui réunissent ces trois éléments (*status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae*) ont la personnalité complète, la capacité de droit, comme du reste ils la perdraient, ils perdraient leur *caput* (*capitis deminutio*) par la perte de l'un d'eux. Mais il est possible qu'à raison de leur âge, de leur sexe, ou de leur état mental, ces personnes paraissent hors d'état de jouer dans la vie juridique le rôle qui leur incombe. Alors elles sont atteintes d'une incapacité non plus de droit, mais de fait qui motive, pour la direction de leur fortune, l'intervention d'un tuteur ou d'un curateur.

Nous aurons à étudier ici les trois éléments de la capacité de droit, puis la mort civile, la *capitis deminutio*, qui résulte de la perte de l'un d'entre eux, puis les institutions de la tutelle et de la curatelle motivées par les incapacités de fait, et enfin, dans un dernier chapitre, les personnes juridiques, êtres de raison qui, sans avoir une véritable personnalité, sont investis par la puissance de la loi d'une certaine capacité.

CHAPITRE I. — *STATUS LIBERTATIS*. — L'ESCLAVAGE.

Le *status libertatis* appartient à tous ceux qui ne sont pas esclaves, même à ceux que les interprètes rangent parfois dans une classe intermédiaire entre l'esclavage et la liberté ; il suffira donc, pour donner une notion suffisante du premier élément de la personnalité, d'indiquer ceux qui ne l'ont pas, en faisant la théorie de l'esclavage.

Les jurisconsultes romains de la période impériale qui, en partant d'idées philosophiques modernes, considèrent l'esclavage comme contraire à la nature, disent que c'est une institution du droit des gens, parce qu'il existe chez tous les peuples de l'Antiquité [1]. Quant à sa légitimation, ils la voient dans l'événement qui en a toujours été la principale origine : dans la guerre. Le vainqueur, ayant le droit de tuer le vaincu, a, pour ainsi dire à plus forte raison, le droit d'en faire sa propriété [2]. Ce sophisme n'a pas besoin d'être réfuté. Mais, comme il arrive fréquemment, il ne fait que formuler en règle de droit une vérité historique. Il y a eu une époque où on tuait les vaincus au lieu de les réduire en servitude, parce qu'on n'avait pas encore eu l'idée et qu'on n'aurait guère eu le moyen de tirer un profit de la propriété d'un

1. Florentinus, *D.*, 1, 5, *De statu hominum*, 4, 1 = *Inst.*, 1, 3, *De jur. pers.*, 2 : *Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

2. Florentinus, *D.*, *h. t.*, 4, 2 = *Inst.*, *h. t.*, 3.

autre homme. Plus tard, probablement à partir du moment où les hommes arrivés au régime pastoral et surtout au régime agricole, ont eu des troupeaux à faire garder et des terres à faire cultiver, l'intérêt a suggéré la pensée de faire travailler les captifs au lieu de les tuer, afin de bénéficier de la différence existant entre leurs frais d'entretien et le produit de leur travail. Chez les Romains qui mènent, à la fondation de Rome, une vie à la fois pastorale, agricole et guerrière, l'esclavage a probablement existé dès l'origine de la cité et le droit a eu de bonne heure à régler la condition de l'esclave, les sources de l'esclavage et la procédure relative aux contestations de liberté. Il y aurait, pour une théorie complète de l'esclavage, à étudier un quatrième point : ses causes d'extinction, les modes d'affranchissement. Mais, l'affranchissement pouvant faire aussi bien des Latins ou des pérégrins que des citoyens, nous étudierons plus commodément ses règles dans le chapitre de la Cité et nous nous en tiendrons ici aux trois autres questions.

§ 1. — Condition de l'esclave [1].

Le principe est que l'esclave est une chose et non pas une personne. Seulement ce principe a reçu dans le cours des temps des dérogations de plus en plus nombreuses sous le coup de la vérité des faits et encore plus de l'intérêt de la propriété.

L'esclave (*servus*, *homo*, *mancipium*, *puer*, *ancilla*) n'est pas une personne [2], mais une chose [3]. Donc, à la différence de l'homme libre, il n'a pas de famille : son union (*contubernium*) sera un pur fait et non un mariage, un *matrimonium*. A la différence de l'homme libre, il n'a pas de patrimoine, il ne peut avoir ni propriété, ni créances, ni dettes, ni par suite laisser de succession. A la différence de l'homme libre, il ne peut paraître en justice ; car, les voies de procédure étant seulement ouvertes aux hommes libres, la première condition pour en user est d'être en état incontesté de liberté. S'il est blessé, violenté, il n'a pas le droit de faire respecter sa personnalité, c'est le maître qui se plaindra, s'il veut, du tort qu'on lui a fait, comme pour un animal blessé, comme pour un objet brisé, comme pour une autre chose quelconque. Comme les autres choses, il peut faire l'objet soit d'une propriété exclusive, appartenant à un seul maître, qui disposera de lui avec la même liberté et par les mêmes moyens que de ses autres biens, soit d'une propriété

1. De Ihering, *Espr. du Dr. r.*, 2, pp. 161-177. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 111-158. Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, pp. 100-114. Cf. Marquardt, *Vie privée des Romains*, 1, pp. 205-226. Wallon, *Hist. de l'esclavage dans l'antiquité*, 2e éd., 3 vol., 1879. Ed. Meyer, *Die Sklaverei im Altertum*, 1898.

2. *Inst.*, 1, 16, *De cap. min.*, 4 : *Servus... nullum caput habet*. Paul, *D.*, 4, 5, *De cap. min.*, 3, 1 : *Servile caput nullum jus habet*. Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 32 : *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur*.

3. Ulpien, *Reg.*, 19, 1 : *Mancipi res sunt... servi*. Gaius, 2, 13 : *Corporales (res) hae sunt quae tangi possunt velut... homo*.

divisée, existant au profit de plusieurs copropriétaires, soit d'une propriété démembrée, répartie par exemple entre un nu propriétaire et un usufruitier. Comme les autres choses, il peut être abandonné par son maître sans devenir pour cela libre, pas plus que l'animal abandonné : il devient alors un bien sans maître (*servus sine domino*), dont le premier venu peut s'emparer.

Mais cela n'empêche pas que l'esclave est un être humain, qu'il y a entre lui et les autres objets d'appropriation privée une différence essentielle qui le fait seul réunir aux enfants en puissance dans la classe des *alieni juris*, qui fait dire qu'il est *in dominica potestate*, comme eux *in patria potestate* [1]. Et ce caractère d'être humain de l'esclave a amené une série d'atténuations au principe, dont certaines sont à peu près aussi anciennes que l'esclavage romain, dont d'autres ont été admises dans la période qui va des derniers siècles de la République à Dioclétien, dont d'autres plus rares viennent du droit chrétien.

1. Des conséquences de la personnalité de l'esclave ont été admises dès l'époque la plus ancienne. Mais il faut déterminer lesquelles.

On en pourrait voir une première dans la très vieille règle selon laquelle la victime d'un délit commis par un esclave a une action contre le maître pour le placer dans l'alternative de livrer l'esclave à sa vengeance ou de lui en payer la rançon (action noxale). Mais cela n'implique pas une séparation de l'esclave des autres choses ; car un droit symétrique existait, verrons-nous, pour le tort causé par un animal (action *de pauperie*) ou même par un objet inanimé.

On a un peu plus justement aperçu une reconnaissance de la personnalité de l'esclave, soit dans les règles de la religion, qui l'admettent en une certaine mesure à participer au culte, qui accordent à son tombeau la protection assurée à la sépulture des citoyens [2], soit dans les coutumes domestiques, où l'esclave est, dit-on, rapproché des autres personnes en puissance, où il est protégé contre les abus d'autorité du père de famille, par les mêmes garanties, surtout morales [3], où il n'est, dit-on, puni par lui des peines graves qu'en vertu d'un véritable juge-

1. Gaius, 1, 48 : *Quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juris subjectae sunt*. 1, 52 : *In potestate itaque sunt servi dominorum*. Cf. 1, 9 = *Inst.*, 1, 3, *De j. pers.*, *pr.* : *Summa... divisio de jure personarum haec est quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*.

2. Le plus ancien témoignage direct sur le caractère de *res religiosa* de la sépulture de l'esclave est la citation du contemporain de Trajan, Aristo. chez Ulpien, *D.*, 11, 7, *De religiosis*, 2, *pr*. Mais Varron, *De l. L.*, 6, 24, parle déjà des *dii Manes serviles* et le principe est sans doute bien plus ancien. Cf. A. Pernice, *Zum römischen Sacralrecht*, *Sitzungsberichte* de Berlin, 51, 1886, p. 1179 et ss. et sur d'autres reconnaissances de la personnalité de l'esclave en droit religieux (*votum*, serment, etc.), pp. 1173-1179.

3. La garantie la plus efficace est l'intervention disciplinaire du censeur attestée notamment par Denys, 20, 13.

ment. Et dans la vérité, le régime primitif, l'égalité de situation de Rome et des villes voisines qui faisait de l'esclavage ou de la liberté un hasard de guerre entre gens de même civilisation et de même sang [1], le petit nombre des esclaves — exprimé, suivant les Romains, par l'usage ancien de désigner simplement l'esclave du nom d'esclave d'un tel (*Lucipor*, *Marcipor*) sans autre spécification [2] — et, plus que tout le reste, la communauté d'existence et d'occupations des maîtres et des esclaves faisaient sans doute aux rares esclaves assis au foyer et associés au travail de la famille ancienne une condition infiniment moins dure que celle des esclaves des colonies modernes, que celle des troupeaux serviles de la période qui suivit les conquêtes de Sicile, d'Afrique et d'Orient. Cependant, outre qu'il y aurait certaines réserves à faire [3], il faut remarquer que ce qui se passe au foyer domestique est une chose de fait et non pas de droit et que les règles de la religion elles-mêmes sont du droit sacré et non pas du droit privé.

En droit privé, la reconnaissance la plus saillante de la personnalité de l'esclave est présentée par le principe, certainement aussi fort ancien, selon lequel l'esclave a qualité pour figurer aux lieu et place de son maître dans certains actes juridiques, peut, en empruntant sa personnalité (*ex persona domini*), le rendre propriétaire, créancier. Le citoyen, qui ne pourrait acquérir un droit de propriété, une créance, une hérédité par l'intermédiaire d'un autre citoyen, le peut par celui de son esclave [4]. En ce sens, l'esclave, à la différence de toutes les autres choses, est considéré non pas uniquement comme un objet de droit, mais comme un instrument d'action juridique. Seulement cette aptitude est reconnue à l'esclave dans l'intérêt du maître et par représentation du maître et elle trouve là ses limites. Elle lui fait défaut quand il n'a pas de maître de qui emprunter la capacité (*servus sine domino*) [5]. Elle ne lui st accordée que pour les actes que l'ancien droit considère comme pouvant être utiles au maître, pour le rendre propriétaire, créancier, mais non pour le rendre débiteur [6].

2. Dès avant la fin de la République, des circonstances et des idées

1. Macrobe, *Sat.*, 1, 11, 7 : *Tam tu illum liberum videre potes quam ille te servum*. Tite-Live, 2, 22, 6. 7, représente d'anciens esclaves venant faire des visites amicales à leurs anciens maîtres et nouant avec eux des rapports d'hospitalité.

2. Pline, *N. H.*, 33, 1, 26, et les exemples dans Marquardt, *Vie privée*, 1, pp. 23-24. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 227, n. 1.

3. Il ne serait par exemple peut-être pas impossible de montrer la protection de la religion et même du droit pénal s'étendant à l'époque ancienne aux animaux. V. pour le premier point, Caton, *De r. r.*, 138. Ovide, *Fast.*, 1, 663 et ss. ; pour le second, Pline, *N. H.*, 8, 45, 180. Varron, *De r. r.*, 2, 5, 4, et Voigt, *XII Tafeln*, 2, p. 810.

4. Gaius, 1, 52 : *Quodcumque per servum adquiritur id domino adquiritur*.

5. Javolenus, *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 36.

6. Gaius, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 133 : *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*.

nouvelles [1] ont tendu à faire reconnaître plus largement l'individualité de l'esclave, surtout dans la sphère du droit du patrimoine, mais aussi dans celles du droit des personnes et du droit des actions.

Au point de vue du patrimoine, la législation civile, qui sanctionne toujours le droit résultant du délit de l'esclave, qui exprime même la créance en résultant contre son maître pendant qu'il est esclave et contre lui après l'affranchissement en disant qu'il est obligé civilement par ses délits, a de plus fini par admettre que ses contrats faisaient naître à son profit et à sa charge une obligation naturelle [2], c'est-à-dire une obligation dont le recouvrement ne peut être poursuivi en justice, mais qui peut néanmoins produire des effets juridiques, par exemple exclure la répétition du paiement fait par erreur.

Mais la réforme la plus profonde est venue dès auparavant du droit prétorien. En partant d'une conception grossière de l'intérêt du maître, le droit civil permettait seulement à l'esclave de rendre le maître propriétaire, créancier et ne lui permettait pas de le rendre débiteur, même avec son consentement ; il empêchait ainsi le maître de procéder par l'intermédiaire de l'esclave aux actes pratiques de la vie commerciale où on n'obtient un profit que contre un sacrifice. Le droit prétorien mieux informé permit aux maîtres de devenir débiteurs par l'intermédiaire de leurs esclaves, décida que l'esclave pourrait engager le maître quand il agirait de son aveu. L'édit visa deux combinaisons [3] : *a*) Le maître peut d'abord charger l'esclave d'une affaire, ou le mettre à la tête d'un navire, ou le préposer à une entreprise terrestre, industrielle ou commerciale, et alors ceux qui contracteront avec l'esclave dans la limite de ses pouvoirs auront le droit d'agir contre le maître par l'action du contrat, ainsi, au cas de vente, par l'action *venditi*, donnée contre lui soit en

1. Sur ces idées, dont il ne faudrait pas d'ailleurs tirer des conclusions juridiques exagérées, il suffira de renvoyer aux textes bien connus de Sénèque, *Ep.*, 47. 95. *De Benef.*, 3, 18, Philon, Dion Chrysostome, Marc-Aurèle, etc. ; voir avant eux Plaute, *Asin.*, 2, 4, 83.

2. Ulpien, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 14 : *Servi ex delictis quidem obligantur et si manumittantur obligati remanent : ex contractibus autem civiliter non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant.* Sur la date de la reconnaissance de cette obligation naturelle, v. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 150. 153 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, p. 111 ; Gradenwitz, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, 1900. C'est à ce propos qu'Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 32, après avoir dit que les esclaves sont *pro nullis* au point de vue du droit civil, ajoute : *Non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet omnes homines aequales sunt.* Cf. les rubriques des deux textes.

3. Exemples de la première combinaison : l'esclave mis à Arles à la tête d'une maison de banque et d'un commerce d'huile dont parle Ulpien, *D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 13, *pr.*, l'esclave banquier en Bétique dans le bureau duquel se trouvait pendu un modèle des aliénations fiduciaires qu'il se ferait consentir par ses clients (*Textes*, p. 822), l'esclave auquel prie de s'adresser l'affiche de location de Pompéi (*Textes*, p. 853). Exemple de la seconde : le commerce fait sans succès, au temps de Commode, par le futur pape Calixte avec le pécule que lui avait concédé son maître Carpophore (Hippolytus, *Refutatio omn. haeres.*, 9, 11.12).

vertu de son adhésion (a. *quod jussu*), soit en vertu de sa qualité d'armateur (a. *exercitoria*), soit enfin en vertu de la commission donnée par lui à l'esclave industriel ou marchand (a. *institoria*). — *b*) Le maître peut ensuite user d'un second procédé qui limite ses risques de perte et qui est la mise en œuvre d'une institution préexistante, du pécule. Le pécule, *peculium*, était une masse de biens qui pouvait comprendre des valeurs de toute sorte, non seulement comme l'indique l'étymologie, de l'argent ou du bétail (*pecus*, *pecunia*), mais des champs, des maisons, d'autres esclaves (*vicarii* par opposition à l'*ordinarius*) [1], que le maître laissait à l'administration de l'esclave [2] et qui, tout en faisant partie en droit de la fortune du maître, acquérait en fait une existence distincte ; tout en pouvant la reprendre à chaque moment, le maître ne la retirait pas en fait à l'esclave à moins de mauvaise gestion ou de faute grave ; par conséquent, il l'autorisait moralement à faire sur elle des conventions avec des tiers et il en faisait même avec lui, par exemple celle de l'affranchir moyennant une certaine somme, si l'esclave arrivait à grossir son pécule de manière à pouvoir la lui offrir [3]. Le préteur a donné à cette institution de fait une valeur de droit en admettant que, par la concession du pécule, le maître avait entendu donner pouvoir à l'esclave de l'engager envers les tiers jusqu'à concurrence de ce pécule, que par conséquent il pourrait, à raison des contrats de l'esclave, être poursuivi par l'action du contrat donnée *de peculio*.

Ces deux combinaisons ont été inventées dans l'intérêt du maître auquel elles permettaient de tirer un meilleur profit de l'activité de l'esclave, de faire des affaires par son intermédiaire, avec une responsabilité illimitée dans le premier cas, avec une responsabilité limitée dans le second. Mais naturellement elles donnaient un singulier surcroît d'indépendance aux esclaves préposés par leurs maîtres à des commandements de navires, à la direction d'importantes industries, de comptoirs lointains dans la première combinaison, encore plus à çeux mis dans la seconde à la

1. Cf. Erman, *Servus vicarius* (*Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne*, 1896, pp. 391-532).

2. Par suite, ces biens ne figuraient pas dans la comptabilité du maître, ce qui fait Tubero définir justement le pécule *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet* (Ulpien, *D.*, 15, 1, *De pec.*, 5, 4). Comme exemple de l'importance que pouvaient atteindre certains pécules, voir l'inscription citée n. 3, de l'esclave qui paya 60.000 sesterces pour sa liberté et celle du monument élevé à un esclave de Tibère par seize esclaves faisant partie de son pécule et attachés au service de sa personne (*C. I. L.*, VI, 5197).

3. Sénèque, *Ep.*, 80, 4 : *Peculium suum quod comparaverunt ventre fraudato pro capite numerant*. Pline, *N. H.*, 7, 39. Pétrone, 57. Inscription d'un esclave indiquant la somme qu'il a ainsi payée, *C. I. L.*, XI, 5400 — C'est aussi parce que le pécule était considéré comme étant en fait le bien de l'esclave, que, sauf clause contraire, on était réputé le lui laisser en l'affranchissant entre vifs (*F. V.*, 261), que Pline le Jeune permettait à ses esclaves de se laisser les uns aux autres leurs pécules à cause de mort par des simulacres de testament (Pline, *Ep.*, 8, 16).

tête de pacotilles sur lesquelles ils commerçaient librement jusqu'à nouvel ordre, dont normalement ils n'étaient jamais dépouillés.

Dans la procédure, le changement des institutions a aussi contribué à la manifestation de la personnalité de l'esclave. L'ancien droit ne connaissait qu'une procédure, celle de l'*ordo judiciorum* organisée par le magistrat avec renvoi de l'affaire à des jurés, et cette procédure était inaccessible à l'esclave. Mais, à partir de l'Empire, s'est introduite la procédure administrative, où le magistrat statue sur les réclamations qui lui sont adressées, seul, sans juré, sans procès régulier (*extra ordinem*). Et précisément parce qu'il n'y a pas là de procès véritable, on a autorisé l'esclave à porter ainsi plainte devant le magistrat, par exemple, dit un texte de date récente, quand il se croit affranchi dans un testament supprimé par l'héritier de son maître, par exemple, à en croire le même texte, quand le maître viole la convention d'affranchissement dont nous avons parlé [1].

Enfin on rencontre, dans le droit des personnes, des décisions dont le fondement direct est l'intention de reconnaître et de protéger la personnalité de l'esclave. Telles sont celles qui tiennent compte de la parenté servile, *cognatio servilis*, pour en déduire des empêchements au mariage, après l'affranchissement, et même, pendant la servitude, pour entraver, d'ailleurs assez timidement, la séparation de ceux qu'elle unit [2]. Telles sont surtout les dispositions, fort nombreuses depuis le début de l'Empire, qui protègent les esclaves contre les mauvais traitements : ainsi une *lex Petronia*, qui est peut-être identique à une *lex Junia Petronia* citée ailleurs et qui alors est des consuls de 772 (19 après J.-C.), défendant de livrer les esclaves aux bêtes, sauf en vertu d'une décision du magistrat [3] ; ainsi un édit de Claude, dépouillant de son droit de propriété le maître qui abandonnait un esclave vieux et malade [4] ; ainsi deux constitutions d'Antonin le Pieux l'une punissant des peines de l'homicide le maître qui aurait tué son esclave sans motif, l'autre autorisant les magistrats à forcer les maîtres trop cruels à vendre les esclaves des plaintes desquels ces magistrats auraient vérifié le bien fondé [5].

En tout cela, il y a dans la condition de l'esclave [6] une amélioration

1. Hermogénien, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 53.

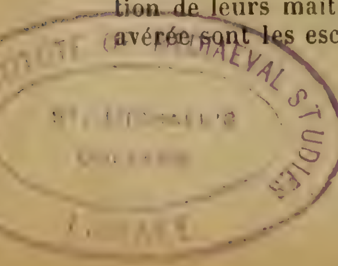
2. *Inst.*, 1, 10, *De nuptiis*, 18, etc. Cf. E. Costa, *Archivio*, 1889, pp. 210-220.

3. *D.*, 48, 8, *Ad l. Corn. de sic.*, 11, 2. Cf. *D.*, 40, 1, *De manumiss.*, 24 : *Lege Junia Petronia...*

4. *C.*, 7, 6, *De Lat. lib. toll.*, 1, 3.

5. *Inst.*, 1, 8, *De his qui sui*, 2. Le meurtre de l'esclave par un tiers est aussi regardé alors comme pouvant donner lieu à l'application des peines du meurtre. Gaius, 3, 213. *D.*, 48, 8, *Ad l. Corn. de sic.*, 1, 2. Cf. Mommsen, *Droit pénal*, 2, pp. 329-330.

6. Il y a naturellement plus que jamais à cette époque de grandes différences de fait entre les esclaves selon les services auxquels ils sont employés et la condition de leurs maîtres. Mais les seuls qui aient une condition légale propre bien avérée sont les esclaves du peuple, *servi publici*, qui peuvent disposer par testa-


MEDIAEVAL STUDIES

qui saute aux yeux. Mais derrière l'amélioration que l'on voit, il y a une aggravation autrement profonde qu'on ne voit pas. Les conditions de fait qui atténuaient la dureté légale de l'esclavage ancien ont disparu. Il n'est plus question pour la grande majorité ni de communauté d'existence, ni de communauté de travail avec le maître. Les esclaves devenus très nombreux — et qui par suite au lieu de la dénomination tirée du seul nom de maître, suffisante pour les rares esclaves d'autrefois, portent désormais chacun un nom individuel avant la mention du maître : *Hermodorus, Tullii Marci servus* ou *M. Tullii Ciceronis servus* ou simplement *M. Tullii Ciceronis* [1] — sont, pour partie, à peine connus personnellement de leurs propriétaires. L'espèce d'égalité première qui existait entre les Romains et leurs captifs a été remplacée par des relations analogues à celles qui résultaient de l'esclavage moderne. C'est sous l'Empire et dans les derniers siècles de la République que se placent les traits de cruauté restés célèbres de maîtres romains. Les lois nouvelles sont des symptômes de cet état plutôt que des remèdes efficaces.

3. Le christianisme, qui reproduisait contre l'esclavage les critiques de l'époque précédente, a remanié jusqu'à un certain point, verrons-nous, la théorie des causes de l'esclavage et surtout celle de l'affranchissement ; mais il n'a pas sérieusement modifié la condition légale de l'esclave. Il a simplement continué le mouvement commencé dans le sens de la protection physique de la personne de l'esclave et de la reconnaissance de la parenté servile, principalement par une constitution de Justinien faisant de cette parenté le fondement d'un droit de succession après l'affranchissement [2] et par une décision de Constantin punissant de la déchéance de leur droit de propriété les maîtres qui abandonneraient des esclaves nouveau-nés [3].

§ 2. — Causes de l'esclavage [4].

L'esclavage a, à Rome, deux ordres de causes : la naissance et certains faits postérieurs [5].

On naît esclave quand on naît d'une mère esclave, quel que soit le père, quand bien même il serait libre ; car il n'y a pas de mariage possible pour une femme esclave et il n'y a qu'en mariage que l'enfant

ment de la moitié de leur pécule (Ulpien, 20, 16) et que les inscriptions représentent comme unis par une sorte de mariage à des femmes libres et comme portant deux noms. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, pp. 369-371 ; Halkin, *Les esclaves publics chez les Romains*, 1897. Sur les esclaves impériaux, v. Mommsen, *op. cit.*, 5, p. 107.

1. V. Marquardt, *Vie privée*, 1, pp. 24-25. Cagnat, *Cours d'épigraphie*, pp. 80-81.
2. *Inst.*, 3, 6, *De grad. cogn.*, 10.
3. *C. Th.*, 5, 9, *De exp.*, 1. V. aussi *C. Th.*, 9, 12, *De emend. serv.*, 1, 2.
4. V., outre les divers traités d'Institutes, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 47-51.
5. *Inst.*, 1, 3, *De jur. pers.*, 4 : *Servi aut nascuntur aut fiunt : nascuntur ex ancillis nostris.*

soit lié au père [1]. On naissait aussi esclave anciennement, quand la mère était esclave au moment de l'accouchement, quelle qu'eût été sa condition au moment de la conception ou dans n'importe quelle période de la grossesse ; car c'est au moment de l'accouchement que l'enfant prend une existence distincte. Mais sur ce dernier point, le droit a changé rapidement. En partant de l'idée que l'enfant conçu est réputé né quand il y a intérêt, on a admis de bonne heure que l'enfant naîtra libre, pour peu que sa mère ait été libre à un moment quelconque de la grossesse, comme s'il était né à ce moment-là [2].

Les causes de l'esclavage postérieures à la naissance comprennent un mode de droit des gens et des modes de droit civil [3].

Le mode de droit des gens, qui a fonctionné durant toute l'histoire de Rome, est la capture, qui fait des prisonniers les esclaves de leur vainqueur. Il s'applique notamment au cas de guerre régulière avec un ennemi déclaré ; mais, faut-il bien remarquer, il s'applique tout aussi bien, même sous Justinien, en dehors de toute guerre ouverte, aux étrangers quelconques qui n'ont pas de traité avec Rome, ni par conséquent de droits reconnus par Rome et dont le premier venu peut s'emparer comme de biens sans maître. C'est un point sur lequel la notion romaine n'a jamais varié [4].

Quant aux modes de droit civil, ils ne sont pas les mêmes dans l'ancien droit et dans le droit récent.

Dans l'ancien droit, on relève, comme devenant esclaves *jure civili*, une série de personnes qui deviennent esclaves à l'étranger, non pas en vertu de la capture, mais par suite d'une remise régulière émanant d'un magistrat ou d'une personne autorisée [5]. Le magistrat peut ainsi vendre à l'étranger les déserteurs et les gens qui ont omis de se présenter au cens ou au recrutement ; les parents, leurs enfants ; les créanciers, leurs débiteurs insolvables ; le volé, son voleur [6] ; l'État peut livrer de même, sans qu'il y ait vente, à un État étranger offensé le citoyen auteur de l'offense [7]. Dans tous ces cas, en vertu d'une idée élevée qui manque dans d'autres législations et qui a même été abandonnée par le

1. Sur deux exceptions résultant l'une du sénatus-consulte Claudien et l'autre d'une disposition mal connue, où l'enfant d'une femme libre naît esclave, voir Gaius, 1, 84-86.

2. Marcien, *D.*, 1, 5, *De stat. hom.*, 5, 2. 3.

3. *Inst.*, 1, 3, *De jure pers.*, 4 :... *fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate, aut jure civili.*

4. Pomponius, *D.*, 49, 15, *De captiv.*, 5, 2.

5. En sorte qu'à la différence de ce que nous verrons pour le citoyen fait captif à l'étranger, leur servitude est reconnue par Rome et il n'y a pas pour eux de *postliminium* (p. 108, n. 2).

6. Tite-Live, *Ep.*, 55 ; Cicéron, *Pro Caec.*, 34, 99. *De orat.*, 1, 40, 181 ; Aulu-Gelle, 20, 1, 47 (XII Tables, 3, 5) ; Gaius, 3, 189.

7. Pomponius, *D.*, 50, 7, *De legation.*, 18 (17).

droit romain postérieur, en vertu de l'idée que celui qui a été libre à Rome ne doit pouvoir y être esclave, c'est à l'étranger et même hors de la ligue latine que l'individu devient esclave. Au cas de vente, il est vendu *trans Tiberim*, c'est-à-dire en Étrurie. Les jurisconsultes ont à la vérité discuté plus tard si le voleur devait être vendu à l'étranger ou s'il devenait à Rome esclave du volé. Mais c'est là sans doute une controverse relativement récente, provoquée, après la disparition de la plupart des autres cas de l'ancien droit, par la comparaison des cas du droit nouveau qui faisaient un citoyen devenir esclave à Rome.

Les causes de servitude, qui ont remplacé, sous l'Empire, les anciennes causes de droit civil abrogées ou en désuétude, sont les suivantes[1] : 1° Une disposition de l'édit du préteur, déjà connue de Q. Mucius Scaevola[2], punit celui qui s'est laissé vendre par un compère dans l'intention de faire ensuite établir sa liberté et de partager le bénéfice de l'escroquerie (*pretii participandi causa*) en lui refusant l'action en réclamation de liberté, en permettant à l'acheteur de le garder. — 2° D'après le droit impérial, les condamnés à mort (*in ferrum, ad bestias*) ou aux travaux forcés, subis notamment dans les mines (*in metallum*), deviennent esclaves (*servi poenae*). — 3° Aux termes du sénatus-consulte Claudien, rendu sous Claude en l'an 52 ap. J.-C.[3], la femme libre qui entretient des relations avec l'esclave d'autrui malgré la défense du maître devient esclave de ce maître. — 4° Enfin des constitutions impériales ont permis au patron dont l'affranchi se rend coupable d'actes trop criants d'ingratitude de réclamer devant le magistrat la révocation de l'affranchissement.

Justinien a abrogé le sénatus-consulte Claudien et la servitude des condamnés *in metallum*[4] ; il a laissé subsister les autres causes du droit civil. Mais, de son temps comme auparavant, la cause du droit des gens et la naissance sont les deux grandes sources qui fournissent à l'empire sa population servile.

§ 3. — Procès relatifs à la liberté[5].

La contestation sur le point de savoir si un individu est libre ou esclave (*causa liberalis, vindicatio in libertatem, vindicatio in servitutem*) est déjà réglée par les XII Tables : on sait comment la légende rattache la chute des décemvirs à la violation par Appius Claudius de la règle selon

1. *Inst.*, 1, 16, *De cap. min.*, 1. Paul, *Sent.*, 2, 21 a.
2. *D.*, 40, 12, *De lib. caus.*, 23, *pr.*
3. Tacite, *Ann.*, 12, 53.
4. *Nov.* 22, c. 8. *Inst.*, 3, 12, *De succ. subl.*, 1.
5. *D.*, 40, 12, *De lib. causa.* V. Maschke, *Der Freiheitprozess im klassichen Altertum*, 1888. O. Lenel, *Edictum*, pp. 365-374 (*Edit*, 2, pp. 108-118). Wlassak, *Z.* de Grünhut, 12, 1892, pp. 5-20. Schlossman, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 225-245.

laquelle les *vindiciae* sont *secundum libertatem*, c'est-à-dire selon laquelle la personne sur la qualité de qui l'on plaide doit rester en liberté provisoire pendant le procès [1].

Le procès s'intentait alors dans la forme ordinaire des actions réelles, par une *legis actio sacramenti* où à la *vindicatio* d'une partie devait correspondre une *contravindicatio* de l'autre et où la restitution de la chose était garantie à celui qui ne possédait pas, ici au prétendu maître, pour le cas où il triompherait, par des cautions (*praedes litis et vindiciarum*). L'originalité initiale de la procédure était qu'on n'admettait pas le prétendu esclave à y figurer lui-même comme plaideur. Cela a contraint à lui permettre d'y être représenté par un tiers (*adsertor libertatis*) [2]. Et le risque qu'il court d'être mal défendu par l'*adsertor*, de rester même toujours en servitude s'il ne trouve pas d'*adsertor* disposé à s'exposer à la perte du *sacramentum* ou à même de fournir ce *sacramentum* et les *praedes litis et vindiciarum*, a probablement contribué à faire établir un certain nombre de règles favorables à la liberté qui sont propres à cette procédure : telles sont, sinon la règle selon laquelle les *vindiciae* sont *secundum libertatem* qui peut s'expliquer autrement, au moins peut-être celle qui fixe ici toujours le *sacramentum* à son taux le plus bas [3], celle d'après laquelle les procès de liberté ne sont pas soumis aux jurés ordinaires, mais au tribunal des *decemviri litibus judicandis* [4], enfin et surtout celle selon laquelle le procès tranché contre la liberté peut être repris par un nouvel *adsertor* au moins trois fois et peut-être davantage [5].

Sous le système formulaire, des textes affirment qu'au lieu d'être intentés dans la forme ordinaire des actions réelles, les procès de liberté l'auraient été sous celle des actions préjudicielles, au moyen d'une formule posant au juge la question *an liber sit* [6]. La vérité de cette allégation a été combattue avec vigueur [7]. En tout cas, la nécessité de l'*ad-*

1. Tive-Live, 3, 44-48. 56. 57. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 24. Cf. Maschke, pp. 6-70.

2. *Inst.*, 4, 10, *De his per quos, pr.* Dispositions analogues en droit athénien et dans la loi de Gortyne. V. Dareste, Haussoullier, Reinach, *Inscr. juridiques grecques*, I, p. 443 et ss.

3. Gaius, 4, 14.

4. Cicéron, *Pro Caec.*, 33, 97.

5. Justinien, *C.*, 7, 17, *De ass. toll.*, 1; *pr.* : trois fois. Martial, 1, 25 : *Ter quaterque*. Cicéron, *De domo*, 29, 78 : *Quotiens cumque vellet quis.*

6. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 13. Paraphrase, *ad h. l.* Dioclétien, *C.*, 7, 16, *De lib. caus.*, 21.

7. Lenel, *Edictum*, p. 366 et ss. (*Edit*, 2, p. 111 et ss.). Non seulement il y a des textes formels qui suppposent la *vindicatio in servitutem* intentée dans les formes ordinaires des actions réelles (par ex. Julien, *D.*, 40, 12, *De lib. caus.*, 30) et il n'est pas question de *praejudicium an servus sit* Mais contre le *praejudicium an liber sit*, duquel seul il est parlé, il y a des objections considérables dans le silence de Gaius, 4, 44, et dans le caractère, tout différent des autres *praejudicia*,

sertor et les faveurs relatives à la liberté provisoire et à la possibilité de recommencer le procès subsistent non seulement dans la première période de l'Empire, mais après Dioclétien, où des textes qui n'innovent peut-être pas absolument se préoccupent de provoquer l'intervention de l'*adsertor* [1]. L'exigence de l'*adsertor* est d'autant plus singulière, à cette époque, que la procédure ordinaire, où l'esclave ne peut figurer en personne, est alors remplacée par la procédure extraordinaire, dont il n'est pas exclu et qui apparaît même avec une précocité particulière pour les procès de liberté, déférés *extra ordinem* au plus tard au temps des Sévères à un préteur spécial, le *praetor de liberalibus causis*, et probablement dès auparavant aux consuls [2]. Elle n'a été abolie que par Justinien, qui supprima en même temps la faveur jusqu'alors admise par corrélation en matière de chose jugée [3]. Les règles sur la liberté provisoire n'ont jamais été modifiées [4].

---

qu'il aurait, soit quant aux effets, attendu que ce serait le seul ayant un effet réel, soit quant à l'origine, attendu que ce serait le seul venant du droit civil. En revanche, il faut sans doute admettre, avec la constitution de Dioclétien, un autre *praejudicium* destiné à savoir *utrum ex servitute in libertatem petatur an ex libertate in servitutem*, ce qui n'avait pas d'influence sur la possession provisoire, mais ce qui, à l'époque formulaire, déterminait à qui incombait la preuve, l'*adsertor* devant faire celle de la liberté au cas de *vindicatio in libertatem*, et le prétendu maître celle de la servitude au cas de *vindicatio in servitutem*. Cf. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7, 5. A l'époque des Actions de la Loi, où les *praedes* ne promettaient la restitution que pour le cas où l'adversaire triompherait, cela devait, croyons-nous, avoir pour résultat de lui imposer la preuve de la servitude, quel que fût l'état de fait antérieur.

1. *C. Th.*, 4, 8, *De lib. causa.*, 5, et Schlossmann, *loc. cit.*

2. Les consuls dont l'intervention a peut-être eu pour origine le contrôle que leur donnait la loi Aelia Sentia sur les justes causes d'affranchissement (p. 124) statuent *extra ordinem* sur les procès de liberté (Ulpien, *De officio consulis* : *D.*, *h. t.*, 27, 1-2), probablement dès le temps d'Antonin le Pieux (*D.*, 35, 1, *De cond.*, 50, rescrit d'Antonin le Pieux relatif non pas à un fidéicommis de liberté, mais à un affranchissement testamentaire conditionnel où l'homme était libre ou non selon que la condition était ou non accomplie). Cf. A. Pernice, *Archivio*, 1886, p. 133 ; P. Joers, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung d. römisch. Kaiserzeit*, 1882, pp. 11-15 et Bethmann-Hollweg, 2, p. 766. Le préteur *de liberalibus causis*, qui nous paraît avoir été mis à côté d'eux par un développement postérieur analogue à ceux que nous verrons en matière de fidéicommis et de nomination de tuteurs, apparaît au début du III[e] siècle (inscription d'un consul de 214 qui avait occupé cette fonction plusieurs années auparavant, *C. I. L.*, X, 3598 ; const. d'Alexandre Sévère de 223, *C.*, 4, 56, *Si mancip.*, 1) ; on ne sait depuis combien de temps il existe alors. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 260, n. 1 ; Pernice, pp. 102.134 ; Joers, pp. 43-50 ; Wlassak, pp. 5-11 ; mais il est probable que la juridiction de droit commun des préteurs judiciaires a d'abord subsisté à côté de celles du préteur spécial et des consuls. Celle du préteur *de liberalibus causis* subsiste seule après Dioclétien. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 260, n. 5 ; Joers, p. 49, n. 1.

3. Justinien, *C.*, 7, 17, *De ass. toll.*

4. *D.*, *h. t.*, 25, 2.

CHAPITRE II. — *STATUS CIVITATIS.* — CITOYENS, LATINS, PÉRÉGRINS. — INGÉNUS, AFFRANCHIS.

Dans la notion romaine, qui est celle de toute l'Antiquité, la personnalité n'appartient en principe qu'au citoyen. On devrait dire, en partant de là, que, pour avoir un *caput*, il faut être citoyen ; qu'aux yeux de la loi romaine, il revient au même de ne pas être citoyen ou de ne pas être libre ; que quiconque n'est pas citoyen est pour cette loi une chose, un esclave pouvant, s'il n'a pas de maître romain, devenir la propriété du premier citoyen qui s'en emparera. Mais ces idées, qui sont toujours demeurées la base théorique du droit romain, n'y ont jamais reçu une application absolue.

A la vérité, il ne faudrait pas, à notre avis, voir une exception dans la condition des étrangers qui se trouvent à Rome sous la protection d'un Romain, soit à titre permanent, comme clients (*jus applicationis*), soit à titre temporaire, comme hôtes, en vertu d'une convention d'hospitalité (*hospitium privatum*) qui leur permet de trouver à Rome un abri chez un citoyen à qui ils donneront à leur tour abri dans leur pays. Les institutions de la clientèle et de l'hospitalité [1] qui remontent au delà des origines de Rome, ne sont, à Rome comme ailleurs, dans leur notion première, que l'application du principe. C'est précisément parce que l'étranger en séjour temporaire ou permanent à Rome n'y a pas de protection légale qu'il s'y met sous l'autorité d'un citoyen afin de jouir de sa protection pratique. Mais il y a toujours eu dans l'État romain des hommes libres qui y jouissaient directement d'une protection légale sans être citoyens. Tel a été, dès l'origine, le cas des Latins et sans doute aussi d'autres étrangers (*peregrini*) à qui des droits étaient reconnus par des traités et qui sont devenus, avec le développement de la puissance de Rome, un élément toujours plus important de la population de l'État. Nous aurons donc à étudier, dans la cité, à côté des citoyens, les Latins et les pérégrins. — D'autre part, l'institution de l'affranchissement qui fait, selon les cas, des citoyens, des Latins ou des pérégrins, ne donne pas aux hommes libres ainsi produits, aux affranchis, une condition égale à celle des hommes libres de naissance, des ingénus. Il faudra donc, après les règles relatives aux citoyens, Latins ou pérégrins ingénus, exposer celles faites pour les affranchis citoyens,

1. Nous ne pouvons insister ici sur l'hospitalité et la clientèle. Le travail fondamental est toujours celui de Mommsen, *Römische Forschungen*, 1, 1864, pp. 319-390 (résumé *Hist. rom.*, 4, pp. 397-409). V. en outre *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 62.63.91.6, 2, p. 220, Marquardt, *Vie privée*, 1, pp. 229-238, nos *Textes*, pp. 888-889, et, surtout sur les origines commerciales de l'institution de l'hospitalité, de Ihering, *Deutsche Rundschau*, 1887, pp. 357-397. *Indo-Européens avant l'histoire*, p. 258.

latins ou pérégrins. — Enfin, nous croyons utile de relever ici, avant d'aborder l'étude de la famille, certaines situations qui, sans rendre esclave ni étranger, enlèvent une portion des droits normaux des hommes libres et des citoyens.

SECTION I. — Les ingénus.

Les ingénus (*ingenui*) sont, par opposition aux affranchis, ceux qui sont nés libres et n'ont jamais légalement cessé de l'être [1]. On est donc ingénu, même quand on est né de deux affranchis ; car, dans la notion qui a prévalu [2], la qualité d'affranchi ne se transmet pas aux descendants. Mais on ne l'est pas, quand, depuis la naissance, on est devenu esclave, alors même que l'esclavage aurait cessé. Seulement il faut apporter à cette règle une restriction fort importante, en vertu de la théorie du *postliminium* [3], aspect très remarquable de l'idée que le droit s'applique seulement dans l'intérieur de la cité, en partant duquel on ne considérera pas d'ordinaire comme ayant été légalement en servitude (*in justa servitute*) les Romains sortis d'un esclavage de droit des gens.

Le mode de droit des gens, qui fait les étrangers pris par les Romains devenir esclaves à Rome, fait aussi les Romains pris par les étrangers devenir esclaves à l'étranger. Mais celui qui, après avoir été fait prisonnier, revient sur son territoire national, dans les lignes de son pays [4], rentre en jouissance de ses droits, sans doute tout simplement à l'origine en vertu de l'idée que les lois étrangères et leurs conséquences sont non avenues pour la cité, peut-être plus tard en vertu d'une fiction juridique qui fait rétroactivement considérer l'individu rentré dans la cité comme n'ayant jamais été dépouillé de ses droits [5]. On ne peut,

1. Gaius, 1, 10.11 : *Ingenui sunt, qui liberi nati sunt* ; *libertini qui ex justa servitute manumissi sunt.*

2. Anciennement on excluait en outre du cercle des ingénus les descendants au premier degré des affranchis (Suétone, *Claud.*, 24), et probablement les enfants nés hors mariage et leurs descendants au premier degré. V. Mommsen., *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 79-81. 6, 2, pp. 3-5. 21, n. 2. 136.

3. *D.*, 49, 15, *De captivis et de postliminio*. *Inst.*, 1, 12, *Quib. mod.*, 5. V. Bechmann, *Jus postliminii*, 1870, et le compte-rendu de Brinz, *K. V. J.*, 16, 1874, p. 117 et ss. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 375-380. H. Buhl, *Salvius Julianus*, pp. 252-270. Karlowa, 2, 1, pp. 114-128. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 45. 48. 6, 2, pp. 484-485. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, pp. 125-135.

4. On rencontre aussi anciennement un autre *postliminium*, qui fonctionne pour les citoyens devenus membres d'un Etat étranger et revenus volontairement dans leur pays. Sur la manière dont l'application de ce *postliminium in pace* aux cités alliées et libres a été modifiée par contre-coup du changement de condition de ces cités (Festus, v° *Postliminium* ; Proculus, *D.*, *h. t.*, 7, *pr.*), v. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 282, n. 1.

5. Le texte qui parle le plus nettement de fiction est aux *Inst.*, 1, 12, *Quib. mod.*, 5 : *Quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse.* V. en outre *D.*, *h. t.*, Pomponius, 5, 1 : *Perinde omnia restituuntur ei jura, ac si captus ab hostibus non esset* ; Ulpien, 16 : *Retro creditur in civitate fuisse qui ab hostibus advenit.*

à la vérité, effacer le fait matériel de l'absence, considérer le captif comme ayant continué à vivre avec sa femme restée à Rome, à posséder les choses qu'il y possédait — ce qu'on exprime en disant que le *postliminium* ne s'applique pas aux *res facti* ; — mais on le regarde comme n'ayant jamais perdu les droits qu'il avait antérieurement, la propriété de ses biens, la puissance paternelle sur ses enfants — ce qu'on exprime en disant que le *postliminium* s'applique aux *res juris* [1]. — On remarquera seulement que cette théorie, supposant l'ignorance des droits de l'État étranger, doit s'effacer dès lors que l'État romain les reconnaît. C'est sans doute pour cela que le *postliminium* ne s'appliquait pas anciennement à ceux qui avaient été livrés comme esclaves à l'étranger par les modes de droit civil [2], et qu'il ne peut s'appliquer aux captifs de droit des gens, à partir du moment où il y a trêve ou traité avec l'État qui les a pris [3].

Les ingénus pouvant être des citoyens, des Latins ou des pérégrins, nous avons à étudier chez eux les trois conditions en voyant pour chacune comment elle s'acquiert, comment elle se perd et quels en sont les effets.

§ 1. — Citoyens.

I. Sources de la qualité de citoyen. — Les citoyens sont ou les descendants de citoyens, ou des personnes qui ont acquis la cité après leur naissance.

On devient citoyen après la naissance, par la naturalisation ou le bienfait de la loi, ainsi que nous verrons en cherchant comment on cesse d'être Latin ou pérégrin.

Quant à la naissance [4], il n'y a pas plus de difficulté qu'en matière de liberté, lorsque les deux auteurs sont de la même condition et n'ont pas cessé de l'être entre le moment de la conception et celui de la naissance. Mais, quand il en est autrement, il faut se demander : 1° duquel des auteurs l'enfant suit la condition ; 2° à quel moment cette condition s'apprécie.

Pour le premier point, il faut distinguer s'il y a mariage ou non. Si les auteurs sont mariés, l'enfant suit la condition du père ; s'ils ne sont pas mariés — ce qui arrivera beaucoup plus ordinairement quand

1. *Res juris* : *D.*, *h. t.*, 12,1 ; 14, 1. *Res facti* : *D. h. t.*, 14, 1. *D.*, 4, 6, *Ex. q. c. maj.*, 19.

2. Cicéron, *De or.*, 1, 40, 181 : *Quem pater suus aut populus vendidisset ei nullum esse postliminium*.

3. *D.*, *h. t.*, 19, 1. Deux autres conditions du *postliminium*, l'exigence que l'individu soit revenu dans son pays sans esprit de retour (*D.*, *h. t.*, 5, 3 : exemple de Regulus) et qu'il n'ait pas capitulé (*D.*, *h. t.*, 17) ont été admises par la doctrine, la première par interprétation de l'élément intentionnel contenu dans l'idée de retour, la seconde par défaveur pour la lâcheté.

4. Ulpien, 5, 8. 9, Gaius, 1, 78-80.

les conjoints sont de conditions différentes, le mariage n'étant, sauf dispense, possible qu'entre Romains, — l'enfant suit la condition de la mère : il ne sera donc pas citoyen quand elle ne l'est pas, quel que soit le statut du père, et il devrait être citoyen quand elle est citoyenne, quel que soit le statut du père. Mais une loi restrictive, la loi Minicia, décida que l'enfant d'une Romaine et d'un pérégrin (mais non, dans le système définitif, d'un Latin), suivrait la condition la plus inférieure, celle du père [1].

Quant au second point, la solution diffère encore selon qu'il y a mariage ou non. Dans le mariage, l'enfant prend la condition du père au moment de la conception, quelques changements qu'elle ait subis depuis ; hors mariage, l'enfant prend la condition de la mère au moment de l'accouchement, quelques variations qu'elle ait pu subir pendant la grossesse, et il faut remarquer qu'on n'a jamais étendu à l'enfant né d'une non-Romaine qui avait été citoyenne au cours de la grossesse, les faveurs faites à l'enfant né d'une esclave qui avait été libre durant la grossesse (p. 102, n. 2).

II. Condition des citoyens. — Il n'y a pas lieu d'insister présentement sur la condition des citoyens au point de vue du droit privé ; car elle fait l'objet général des traités de droit privé tels que celui-ci. On la résume en disant que les citoyens ont à la fois le *conubium*, le droit de légitime mariage au moyen duquel ils peuvent fonder une famille civile, et le *commercium*, le droit d'acquérir et de transmettre la propriété civile ainsi que de devenir créanciers ou débiteurs par tous les modes civils, dans lequel rentre, au moins depuis une certaine époque, la *factio testamenti*, droit de figurer dans un testament, comme disposant, comme bénéficiaire ou comme témoin.

La condition politique des citoyens regarde le droit public plus que le droit privé. Ils ont, comme droits propres fondamentaux, le droit de servir dans les légions, le droit de vote (*jus suffragii*), et l'éligibilité aux magistratures (*jus honorum*). Leur droit de vote trouve son expression dans leur nom. Chaque citoyen porte à la fin de la République et dans les premiers siècles de l'Empire un prénom : *Marcus*, en abrégé *M.*, un nom de famille ou gentilice : *Tullius*, et un surnom ou *cognomen* : *Cicero*, constituant les *tria nomina*, parmi lesquels le surnom est du reste l'élément le moins ancien. En outre, au moins s'il est un ingénu né en

1. Le nom de la loi est donné par Gaius, 1, 78. On la place assez souvent après l'an 710, à cause de Cicéron, *Top.*, 4, 20 ; mais elle est en réalité antérieure à la guerre sociale et à la naturalisation subséquente des habitants du Latium, d'après Gaius, 1, 79, qui dit qu'elle s'appliquait même aux *Latini qui proprios populos propriasque civitates habebant* ; v. en ce sens Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 182-183. La soustraction des enfants des Latins à son application a été, d'après Gaius, 1, 80, prononcée par un sénatus-consulte du temps d'Hadrien.

mariage, il met après le nom sa filiation indiquée par le prénom du père : *M(arci) f(ilius)*. Enfin, même à l'époque où on ne vote plus, son droit de suffrage est exprimé dans le nom complet, notamment dans les textes officiels, avant le *cognomen*, par la mention de la tribu : *M. Tullius M. f., Corn(elia tribu), Cicero* [1].

Il n'y a pas anciennement de procédure spéciale pour faire décider si un individu est citoyen ou non comme il y en a une pour faire décider s'il est libre ou esclave. Ce point, qui peut se trouver incidemment soulevé dans des procès civils [2], est normalement tranché par les magistrats administratifs à l'occasion des diverses conséquences du droit de cité. Mais on trouve, dans le dernier siècle de la République, une cour de justice spéciale [3] organisée pour trancher les questions de droit de cité par une loi Papia de l'an 689 [4] que d'autres lois moins nettement connues avaient probablement précédée dans cette voie [5]. Il n'y a pas de preuve qu'elle ait constitué un tribunal répressif [6]. Au contraire, sous l'Empire, l'usurpation du droit de cité est punie de mort [7].

III. Perte de la qualité de citoyen. — La qualité de citoyen se perd : 1° par la *capitis deminutio maxima*, quand un citoyen devient esclave sauf la possibilité du *postliminium* pour le mode de droit des gens ; 2° par la *capitis deminutio media*, quand il devient pérégrin ou Latin, sauf aussi pour certaines circonstances la possibilité d'un *postliminium*.

§ 2. — Latins [8].

I. Acquisition de la qualité de Latin. — Nous avons vu comment on naît Latin. Quant aux circonstances qui feront les auteurs avoir cette qualité, les Latins par excellence sont les habitants du Latium. Mais ils n'ont été ni les seuls Latins, ni, semble-t-il, les seuls désignés du nom de *Latini veteres*.

1. Sur les noms des citoyens, v. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 226-242 ; Henry Michel, *Du droit de cité romaine*, 1885, p. 41-361 ; Cagnat, *Cours d'épigraphie*, pp. 37-87.
2. Exemple : Cicéron, *Pro Caec.*, 33, 97.
3. C'est, selon le système des *quaestiones perpetuae*, un jury (Cicéron, *Pro Balbo*, 23, 52, etc.) présidé par un préteur (Cicéron, *Pro Archia*, 2, 3).
4. Cicéron, *De off.*, 3, 11, 47. Dion, 37, 9. C'est sous l'empire de cette loi que furent prononcés les plaidoyers de Cicéron, *Pro Archia*, en 692, et *Pro Balbo*, en 698.
5. M. Mommsen, *Droit pénal*, 3, pp. 186-187, considère une *quaestio* de ce genre comme ayant été déjà organisée certainement en 659 par la loi Licinia Mucia de 659 (*Pro Balbo*, 21, 48) et probablement par des lois antérieures (v. *Droit public*, 6, 1, p. 225, n. 1).
6. V. aujourd'hui dans ce sens Mommsen, *Droit pénal*, 1, p. 236. 3, p. 187 ; cf. *Droit public*, 6, 1, p. 225, n. 1. Les mentions faites par Cicéron de *poena* ou de péril couru par le *caput* se comprennent facilement sans qu'il y ait de peine capitale ni de peine en forme, au sujet d'une décision dont dépend le *status civitatis*.
7. Suétone, *Claud.*, 25. Arrien, *Diss. Epict.*, 3, 24, 42.
8. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 226-268.

Le cercle des Latins a englobé successivement, outre les habitants du Latium, les membres des colonies composées de Romains, de Latins et d'Herniques faites par la ligue latine jusqu'à sa dissolution en 416 ; puis les membres des colonies latines recrutées depuis dans Rome même qui renonçaient à leur nationalité pour recevoir des terres ; enfin des individus ou des collectivités auxquels Rome a accordé cette qualité, comme Vespasien fit pour toutes les cités d'Espagne par exemple, comme les empereurs ont fait souvent pour des pérégrins isolés qu'ils voulaient enrôler dans des corps où on n'admettait que des Latins [1]. Or le nom de *Latini veteres*, *Latini prisci* est donné non seulement aux anciens habitants du Latium, mais aux membres de toutes les colonies faites par la ligue ou par Rome jusqu'en 486, à tous les Latins antérieurs à 486, qui reçurent d'ailleurs tous la cité romaine avant la fin de la République, et on leur oppose sous le nom de *Latini coloniarii*, qui n'est pas exact pour tous, qui vient probablement du régime inférieur imposé à partir de 486 à Ariminum et à 11 autres colonies (*duodecim coloniae*), les ingénus gratifiés de la latinité depuis cette date, que leurs cités soient des colonies ou non.

II. Condition des Latins. — La condition des Latins est, surtout pour les Latins coloniaires, inférieure à celle des citoyens soit en droit public, soit en droit privé.

1. *Droit public.* Conformément à une institution très originale qui remonte au temps de la ligue latine et selon laquelle tout membre de la ligue présent dans une de ses villes pouvait y voter [2], ils ont le droit de voter à Rome, où l'on tirait encore au sort leur tribu de vote avant l'ouverture du scrutin au temps de Cicéron [3]. Mais ils n'ont pas le *jus honorum*, ni le droit de servir dans les légions, ni les autres avantages de la qualité de citoyen, et n'appartenant pas à une section de vote permanente, ils n'ont pas l'indication de la tribu dans leur nom, qui pour le surplus est constitué selon le système romain [4].

2. *Droit privé.* Les *Latini prisci* avaient, soit tous, soit pour la plupart [5], le *conubium* avec les Romains. Les autres Latins ne l'ont pas [6] : ils ne peuvent donc contracter avec les Romains un mariage romain, faire partie d'une famille romaine, ni par suite être héritiers ab intestat d'un

1. Par exemple depuis Hadrien, dans les marins de la flotte, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 3, p. 247, n. 1. *Hermes*, 16, p. 463 et ss. (*Gesammelte Schriften*, 5, p. 407 et ss.), peut-être aussi dans les *equites singulares*. *Hermes*, 16, p. 458 et ss. (*Gesamm. Schr.*, 5, p. 402 et ss.) ; cf. O. Hirschfeld, *Gallische Studien*, 1, 1883, p. 51 et ss. (*Kleine Schriften*, 1913, p. 88 et ss.).
2. Loi de Malaca, c. 53 (*Textes*, p. 113).
3. Cicéron, chez Asconius, *In Cornel.*, éd. Stangl, p. 56. Cf. Mommsen *Dr. publ.*, 6, 1, p. 457, n. 1.
4. Pline, *Ad Traj.*, 104. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 240.
5. On admet le plus souvent l'existence du *conubium* avec Rome au profit de tous les *Latini veteres* ; mais cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 256.
6. Ils ne l'ont qu'en vertu d'une concession expresse. Ulpien, 5, 4.

citoyen romain. Leurs rapports de famille sont régis par leur droit national, qui peut varier suivant les statuts locaux, mais qui par suite de la communauté d'origine, présente, sauf un caractère d'archaïsme plus prononcé, une similitude à peu près complète avec les institutions romaines[1].

Au contraire ils ont le *commercium*[2]. Ils peuvent, pour leurs relations entre eux et pour leurs relations avec les Romains, recourir à tous les procédés mis par la loi civile à la disposition des citoyens : mancipation, *in jure cessio*, *nexum*, testament romain où ils peuvent jouer les trois rôles de disposant, de bénéficiaire et de témoin.

Enfin ils peuvent ester en justice pour les mêmes intérêts devant les magistrats romains selon la procédure romaine : devant le préteur urbain, comme les citoyens, depuis qu'il y a un préteur urbain et un préteur pérégrin[3] ; et cela non seulement par la procédure formulaire depuis la loi Aebutia, mais dès auparavant par la procédure des Actions de la Loi[4].

III. Acquisition de la cité.— Les Latins peuvent comme les citoyens et à peu près de la même façon perdre leur qualité en devenant esclaves ou pérégrins. Ils la perdent en outre et surtout par l'élévation au rang de citoyens, de laquelle seule il est nécessaire de parler ici.

Les Latins deviennent citoyens ou par le bienfait de la loi, en usant d'un droit conféré par une loi positive, ou par naturalisation, en vertu d'une concession gracieuse du peuple ou de ses délégués.

1. *Bienfait de la loi*. Les *Latini veteres* pouvaient devenir citoyens en

1. La table de Salpensa, cc. 21. 22. 23, prouve par exemple un régime très analogue à celui de Rome, pour la *patria potestas*, la *manus*, le *mancipium*, les affranchissements. Quant à l'archaïsme, les fiançailles qui ne faisaient pas naître d'action en exécution en droit romain historique, en faisaient naître une, comme un contrat verbal quelconque, en vieux droit latin jusqu'à la concession du droit de cité au Latium, d'après Aulu-Gelle, 4, 4, qui cite Ser. Sulpicius et Neratius. Cf. p. 152, note 3.

2. Ulpien, 19, 4. Leur droit général en matière de testament résulte des règles spéciales relatives aux Latins Juniens qu'on verra plus loin. M. Wlassak a soutenu dans le travail cité, note 4, que la mancipation ouverte aux Latins serait une mancipation internationale distincte de la mancipation ordinaire propre aux citoyens. La preuve du contraire est dans l'admission des Latins Juniens comme témoins dans la mancipation assurément propre aux citoyens constituée par le testament des citoyens (Ulpien, 20, 8).

3. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 220. 221.

4. C'est, je crois, l'opinion dominante. Elle a été contestée dans un article spécial de M. Wlassak, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 114-129. V. en sens contraire Girard, *Mélanges*, 1, p. 119, n. 2. La participation des Latins à la mancipation romaine (note 2), à la *legis actio* romaine et aux comices romains (p. 111, n. 3), est l'expression de la communauté d'institutions politiques, judiciaires et civiles existant entre les membres de la fédération latine. C'est si vrai que M. Wlassak n'a pu soutenir son système qu'en contestant à tort le premier terme (note 2) et en négligeant le troisième qui constitue le plus énergique des arguments *a fortiori*.

transportant leur domicile à Rome, d'après une règle remarquable qui était un débris des anciennes institutions de la ligue latine, une application du droit qu'elles donnaient à tout membre de la ligue de devenir citoyen dans l'une quelconque de ses villes en s'y établissant. Ce mode d'acquisition de la cité fut ensuite restreint, dans l'intérêt des villes latines qu'il dépeuplait, au cas où on les quitterait en y laissant une postérité (*stirpem a se*)[1], puis il fut supprimé par une loi Licinia Mucia de l'an 659 qui fut elle-même une des causes de la guerre sociale après laquelle tous les Latins d'Italie acquirent la cité[2]. En dehors de là, les Latins quelconques pouvaient devenir citoyens : en occupant dans leur cité des magistratures, ou même simplement en y faisant partie du sénat municipal, selon que la cité avait le *majus* ou le *minus Latium*[3]; en vertu des lois sur les concussions, et notamment de la loi Servilia de l'an 643, en faisant condamner un Romain concussionnaire[4]; enfin sans doute par la plupart des modes signalés sous l'Empire comme faisant acquérir la cité aux affranchis Latins Juniens (p. 129).

2. *Naturalisation*. Les Latins pouvaient, comme les pérégrins, être naturalisés soit individuellement, soit collectivement. La naturalisation fut ainsi accordée collectivement, après la guerre sociale, aux Latins d'Italie par la loi Julia de 664[5]. La constitution de Caracalla accordant la cité à tous les habitants de l'Empire dut s'appliquer aux Latins dans la même mesure qu'aux pérégrins (p. 119).

§ 3. — Pérégrins.

I. Acquisition de la qualité de pérégrin. — Les pérégrins, *peregrini*, anciennement *hostes*[6], ne sont pas, dans le droit romain développé, de véritables étrangers. Les plus anciens d'entre eux ont bien été des étrangers liés à Rome par des traités. Mais le développement de la puissance romaine a fait de ceux-là, comme des autres, des membres de l'État romain. Ce sont des sujets de Rome, les habitants libres de l'empire qui ne sont ni citoyens, ni Latins.

La qualité de pérégrin se transmet par la naissance suivant les règles indiquées à propos des citoyens. Quant à ses sources initiales, la

1. Avant l'an 577 : Tite-Live, 41, 8. Cf. 39, 3. Sur les expédients employés pour tourner cette exigence, cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 252, n. 1.
2. Asconius. *In. Cornel.*, éd. Stangl, p. 54.
3. Gaius, 1. 95.96 (toute la fin due à Studemund, dont la lecture est aujourd'hui confirmée par le fragment d'Autun). Le *minus Latium* est déjà connu de la loi Acilia de 631, ligne 78, et a peut-être été créé en 486 pour la colonie d'Ariminum, la première privée de l'ancien droit des *Latini veteres*. Le *majus Latium* apparaît seulement chez Gaius. V. O. Hirschfeld, *R. gén.*, 1880, p. 210 et ss. (*Kleine Schriften*, 1913, p. 294 et ss.). Beaudouin, *N. R. H.*, 1879, p. 111 et ss. Mommsen, *Gesamm. Schr.*, 3, pp. 33-41.
4. Cicéron, *Pro Balbo*, 24, 54.
5. Cicéron, *Pro Balbo*, 8, 21. Aulu-Gelle, 4, 4.
6. Gaius, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 234, *pr.* Cicéron, *De off.*, 1, 12, 37.

grande source est l'annexion qui, soit à la suite d'une conquête ouverte, soit en vertu de traités de soumission plus ou moins déguisée, a fait rentrer dans le cercle de l'autorité romaine, sans en faire des citoyens ni les réduire en esclavage, les populations de régions toujours plus étendues. Une source initiale moins importante est la perte du droit de cité, produite principalement [1], sous la République, par l'interdiction de l'eau et du feu qui accompagnait l'émigration faite en vue d'éviter une condamnation capitale (*exilium*) [2], sous l'Empire, par la condamnation à la déportation.

II. **Condition des pérégrins.** — Les pérégrins n'ont naturellement aucune part aux droits politiques des citoyens. Le nom, expression fidèle de la condition des personnes, révèle la barrière qui les sépare des citoyens et même des Latins [3]. Non seulement ils n'appartiennent à aucune tribu, mais ils n'ont pas les trois noms. Ils sont désignés d'ordinaire par un *cognomen* suivi de celui de leur père au génitif (*Diophanes Diophanis, Maximus Batonis*) [4].

Au point de vue privé, ils n'ont pas plus que les Latins le *conubium* ; mais ils n'ont pas non plus le *commercium*. Ils sont donc exclus de l'exercice de tous les droits civils romains et par conséquent sans doute du même coup de celui de la vieille procédure des *legis actiones* destinée à sanctionner ces droits. Cependant ces sujets romains avaient nécessairement pour leurs rapports avec les Romains, pour leurs rapports entre eux, un droit et une procédure.

Leur droit est constitué, en dehors des rares lois romaines dont l'application leur a été expressément étendue [5], par leurs lois nationales et

1. Elle pouvait aussi résulter d'une décision directe dépouillant de la qualité de citoyens soit les habitants d'une ville, soit des personnes individuellement désignées. Mais les deux choses ont été rares en pratique. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 156.

2. Gaius, 1, 128. Ulpien, 10, 3. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 55-57. 157-158. *Droit pénal*, 1, pp. 78-84. 3, 309-310. Hartmann, *De exilio apud Romanos*, 1887.

3. *Inst.*, 1, 16, *De cap. min.*, 2. Hartmann, *Z. S. St.*, 9, 1888, pp. 42-59. Mommsen, *Droit pénal*, 3, pp. 301-303. 322-324. 364. — C'est probablement aux personnes privées de la cité à titre de peine que se rapporte le fragment de Berlin, *Textes*, p. 494, selon lequel une loi obligeait le préteur à donner action contre certaines personnes comme si elles n'avaient pas été mises *dediticiorum numero* ; car cette fiction suppose des individus, qui, avant d'être pérégrins, étaient membres de l'Etat romain, à la différence des étrangers conquis, et capables, à la différence des affranchis déditices. V. en sens divers les auteurs cités sur ce fragment, *Textes*, p. 494.

4. Il était même défendu aux pérégrins de prendre des noms de forme romaine (Suétone, *Claud.*, 25. Edit de Claude de l'an 46, *in fine*, *Textes*, p. 190) Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 260, n. 1 ; Henry Michel, *Droit de cité*, pp. 61-63.

5. Un des rares exemples qui nous paraissent sûrs est le sénatus-consulte cité par Gaius, 1, 47. Sur l'inapplicabilité générale des lois romaines aux pérégrins, voir Wlassak, *Processgesetze*, 2, pp. 141-182. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 32[illegible] et ss. ; p. 385 et ss.

par le droit des gens. Les pérégrins vivent sous l'empire de leurs lois nationales, dans la mesure où l'exercice leur en a été laissé après leur soumission, notamment au moment de l'organisation de la province [1]. Mais cette première source, fort abondante et sur laquelle il y a beaucoup d'informations [2], jusqu'à présent dépouillées et classées seulement en partie [3], ne satisfaisait qu'une fraction des besoins. Elle était surtout relative aux rapports des pérégrins de même cité ou tout au moins de même nationalité. Elle était à peu près stérile pour ceux des pérégrins de race différente, pour ceux des pérégrins et des citoyens. Elle l'était tout à fait pour les pérégrins qui ne faisaient partie d'aucune cité, c'est-à-dire pour les étrangers annexés qui, après leur capitulation (*dediticii*), n'avaient pas reçu de statut local et qui étaient assez rares pratiquement, dont il n'y a pas d'exemple sous l'Empire, sauf peut-être les Juifs depuis

1. On pourrait songer à une différence entre les membres des cités fédérées ou libres et ceux des cités provinciales ordinaires. Mais, si elle existe en droit, elle ne se manifeste guère en fait. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 323-324, pour les premiers et pp. 383-387, pour les seconds.

2. Il existe, à ce sujet, de nombreux renseignements soit dans les textes juridiques, notamment dans Gaius, soit dans les sources indépendantes. Ainsi, pour le droit des personnes, Gaius, 1, 92, parle de mariages contractés *secundum leges moresque peregrinorum* et en effet non seulement nous avons un jugement de l'an 124 qui atteste en Egypte un système de mariage tout différent des mariages romains, basé sur la distinction des mariages faits avec ou sans écrit (*Textes*, p. 893) ; mais le mariage des frères et sœurs paraît y avoir encore été licite à la fin du IIe siècle (Wilcken, *Berichte* de Berlin, 1883, p. 903 ; v. aussi pour Athènes, Senèque, *Lud.*, 8, et Mommsen, *Dr. pénal*, 1, p. 135, n. 2, et en général, E. Weiss, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 340-369). Pour la capacité, Gaius, 1, 193, dit que la *lex Bithynorum* ne permet pas à la femme de s'engager sans le concours de son mari ou de son fils. Relativement à la liberté même, il y a des indices que les pères pérégrins pouvaient dans certaines régions faire de leurs enfants, en les vendant, de véritables esclaves (Mommsen, *Gesamm. Schr.*, 3, p. 1 et ss.). Quant au droit du patrimoine, Gaius parle à plusieurs reprises du droit national des pérégrins en matière d'obligations (3, 96. 120. 134) et Ulpien, 20, 14, dit qu'ils peuvent tester *secundum civitatis suae jura*. Des règles propres à l'Egypte sont encore signalées en matière de dot et de voies d'exécution par l'édit du préfet Tibère Alexandre de l'an 68 (*Textes*, p. 174 et ss.), en matière de succession ab intestat par un jugement de l'an 135 (*Textes*, p. 896), en matière de publicité des aliénations immobilières par un ensemble de précieux documents dont le plus explicite est l'édit de M. Mettius Rufus de l'an 89 (*Textes*, p. 176 et ss.), et en beaucoup d'autres matières par des papyrus pour l'indication desquels on pourra se reporter à l'exposé d'ensemble de M. Mitteis signalé n. 3.

3. Ces renseignements, qui existent non seulement pour l'Orient, mais, bien qu'en moindre quantité, pour l'Occident, ont été relevés pour l'Orient par M. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, 1891. Ils ont en outre été depuis quelques années extrêmement multipliés pour l'Egypte romaine par les publications de papyrus (p. 68, n. 1) qui, encore en partie sous l'influence de M. Mitteis, ont déjà fourni sur le droit local égyptien de l'époque gréco-romaine les éléments de nombreuses monographies. On les trouvera mentionnées presque toutes dans l'exposé doctrinal par lequel commence la partie juridique de l'ouvrage cité p. 68, n. 1, qui a été composée par M. Mitteis et qui est, comme la partie historique composée par M. Wilcken, divisée en un exposé doctrinal (*Grundzüge*) et un recueil de textes (*Chrestomathie*).

la prise de Jérusalem [1], et pour les citoyens qui avaient perdu la cité à titre de peine sans en acquérir une autre, comme c'est les cas des déportés de l'Empire [2]. Le droit des gens, *jus gentium*, est au contraire ouvert à tous les pérégrins tant dans leurs rapports entre eux que dans leurs rapports avec les Romains. C'est, comme on sait (p. 2), un droit qui a été progressivement établi pour servir de droit commun à tous les membres de l'empire et qui, s'il ne présente pas une grande richesse de formations relatives à l'état des personnes, fournit au contraire, pour les besoins commerciaux de la vie, tout un système de modes d'acquérir, de s'obliger et de se libérer.

Pour la procédure, sans parler du droit des pérégrins les plus nombreux de soumettre leurs litiges à leurs tribunaux propres, ils peuvent certainement faire valoir les droits qui leur sont reconnus devant les tribunaux de Rome. C'est pour eux une faculté dont l'origine remonte probablement aux premiers traités de Rome avec l'étranger dans lesquels des arbitres (*recuperatores*) étaient institués pour régler les différends des ressortissants des Etats contractants [3], et la fonction d'organiser ces procès renvoyés à des jurys de récupérateurs, était devenue assez importante au début du VIe siècle pour qu'on y affectât, en l'an 512, une préture spéciale, la préture pérégrine. L'opinion la plus répandue rattache même l'origine de la procédure formulaire aux instructions écrites par lesquelles, avant la loi Aebutia, le préteur pérégrin aurait déjà indiqué leur tâche aux récupérateurs saisis sans *legis actio*. Mais les pérégrins peuvent aussi avoir été admis soit par des traités spéciaux, soit pour des matières spéciales [4], à saisir les tribunaux romains par voie de *legis actio*. Sous la procédure formulaire, ils peuvent faire valoir

1. V. Gaius, 1, 14, et le relevé des textes relatifs aux *dediticii* de Cliff Moore, *Archiv* de Woelflin, 11, 1900, pp. 81-85. M. Paul M. Meyer, *P. Giss.*, 1, 2, 1910, pp. 30-33 sur le papyrus nº 40 cité p. 119, n. 1, étend à notre avis plus aventureusement le sens de l'expression non seulement aux barbares établis sous le Principat sur le territoire de l'empire, mais à tous les pérégrins soumis au tribut personnel dont il reconnaît lui-même qu'ils ne reçoivent jamais ce nom dans les sources. Nous croyons qu'il faut s'en tenir, sauf peut-être l'extension récente aux barbares, à la notion classique exprimée par ex. par Mommsen, *Droit public*, 6, 1, pp 156-158. Sur la condition des Juifs, v. en sens opposés, le même, *Hist. Zeitschrift*, 1890, p. 424, n. 1 = *Ges. Schr.*, 3, p. 418, n. 1 ; *Droit pénal*, 2, pp. 275-276. 3, p. 300, n. 1, et J. Juster, *Les Juifs dans l'empire romain*, 2, 1914, pp. 19-23.

2. Marcien, *D.*, 48, 19, *De poenis*, 17, 1.

3. Festus, vº *Reciperatio*.

4. Cf. Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 103-104. 206, n. 2, 213-217. *Mélanges*, 1, p. 119, n. 2, et les renvois. La procédure du *sacramentum* paraît bien, d'après la loi Acilia de 630-631, ligne 23, leur avoir été ouverte en matière de concussion par la loi Calpurnia de 605 et une loi Junia plus récente. D'autres lois peuvent avoir accordé l'usage des Actions de la loi soit à tous les pérégrins en certaines matières, soit en toutes matières à certains pérégrins. Mais elles n'ont jamais été ouvertes à tous les pérégrins en toute matière. V. Cicéron, *Pro Caec.*, 33, 97 et ss. et Wlassak, *Processgesetze*, 2, 1891, p. 186 et ss.

tous les droits qui leur sont reconnus au moyen de formules, sauf quelques particularités de rédaction de la formule [1]. Sous la procédure extraordinaire, leur droit d'agir ne fait pas même question.

II. Acquisition de la qualité de citoyen. — L'acquisition de la cité peut résulter pour les pérégrins comme pour les Latins soit du bienfait de la loi, soit de la naturalisation.

1. *Bienfait de la loi.* Comme exemple ancien du bienfait de la loi, on peut citer une disposition de loi Acilia *repetundarum* de 631-632, accordant au pérégrin qui ferait condamner un magistrat concussionnaire le droit de cité accordé en pareil cas seulement au Latin par la loi plus récente de 643 [2]. Les pérégrins ingénus profitaient aussi de certains des modes signalés comme faisant acquérir la cité aux affranchis Latins (p. 129).

2. *Naturalisation.* La naturalisation, acte gracieux, dépendant de l'autorité, peut rationnellement être accordée dans une mesure plus ou moins large, par exemple comprendre tout ou partie des droits civils sans les droits politiques, ainsi que cela s'est produit pendant une certaine période pour les populations de l'Italie gratifiées de la *civitas sine suffragio* [3]. Normalement elle est complète. Alors elle fait acquérir à la fois les droits civils et les droits politiques : éligibilité, électorat, droit de servir dans les légions, etc. Le naturalisé est inscrit dans une tribu et il prend les trois noms romains, en mettant à la place ordinaire l'indication de sa tribu, en empruntant d'habitude le nom et le prénom du principal promoteur de sa naturalisation, un peu comme fait, verrons-nous, l'affranchi pour le patron, et en gardant son ancien nom comme surnom [4].

L'auteur de la naturalisation est indiqué par le caractère de celle-ci [5]. Etant un acte législatif, elle émana d'abord des comices. C'est ainsi que la cité fut conférée à toute l'Italie après la guerre sociale par la loi Julia de 664, à la Transpadane par la loi Roscia de l'an 705. Mais elle pouvait aussi émaner d'un délégué du peuple. Le droit de cité a été ainsi concédé, dès l'époque de la République, soit par les commissaires

1. Gaius, 4, 37. Cicéron, *In Verr.*, 2, 12, 31.
2. Loi Acilia, ligne 76 (*Textes*, p. 44). Cf. p. 113, n. 4.
3. V. sur la condition des diverses classes de *cives sine suffragio*, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 182-205. Il peut aussi y avoir concession partielle de certains droits civils sans d'autres, du *commercium* sans le *conubium*, suppose Ulpien, 19, 4, du *conubium* sans le *commercium*, suppose Ulpien, 5, 4, et font les diplômes militaires pour les pérégrines épousées par les soldats citoyens après leur congé (exemple, *Textes*, p. 127 ; cf. Mommsen, *C. I. L.*, III, *suppl.*, p. 2012). Mais, en pareil cas, les gratifiés restent pérégrins et les Romains ne parlent pas de naturalisation partielle.
4. Cagnat, *Cours d'épigraphie*, pp. 77-80. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 29-30. 431. 432 438.
5. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 148-152.

chargés de fonder les colonies des citoyens qui pouvaient naturaliser un nombre fixe de personnes en les y inscrivant [1], soit par les généraux victorieux auxquels on permettait législativement de naturaliser un certain nombre de soldats, comme fit pour la première fois Marius en 653 après la guerre des Cimbres [2].

La même chose fut continuée sous l'Empire par les empereurs, dont les naturalisations abondantes sont attestées par les nombreux *Claudii*, *Flavii*, *Aelii* des inscriptions provinciales, et qui devinrent de plus en plus généreux de la qualité de citoyen, non seulement parce qu'elle avait moins de prix, mais aussi parce qu'il était avantageux administrativement de la donner. Ils la donnaient, parce qu'elle n'avait pas grand prix, aux soldats qui ne l'avaient pas, c'est-à-dire aux soldats de troupes auxiliaires, au moment de leur congé [3]. Ils la donnaient surtout, en vertu d'une nécessité administrative, dans un autre cas, non pas à la sortie du service, mais à l'entrée au service, aux soldats enrôlés pour les légions. La qualité de citoyens était requise chez les légionnaires. Cette exigence eût dû empêcher d'enrôler les provinciaux, mais, dès l'époque des guerres civiles, on l'éluda en naturalisant des provinciaux pour en faire des légionnaires (*legiones vernaculae*) [4] et on a fait régulièrement de même sous l'Empire où cela devint plus indispensable encore depuis que Vespasien eut exclu les Italiens des légions [5]. La naturalisation était donnée là dans un intérêt militaire. Une mesure plus générale encore paraît avoir été inspirée par un intérêt fiscal. Antonin Caracalla, dans une constitution de l'an 212, donna, en principe, la qualité de citoyens à tous les habitants de l'empire afin de leur étendre à tous l'impôt de cinq pour cent existant sur la succession des citoyens (*vicesima hereditatis*) [6].

1. Ainsi Q. Fulvius Nobilior, fondateur des colonies de Pisaurum et de Potentia, inscrivit dans l'une d'elles, en l'an 570, pour le rendre citoyen, le poète Ennius qui était originaire de la Calabre (Cicéron, *Brut.*, 20, 79).

2. Plutarque, *Mar.*, 28. Cicéron, *Pro Balbo*, 20, 21. Une inscription découverte récemment (*Textes*, pp. 61-62) rapporte une concession de la cité ainsi faite par le général à des soldats espagnols *ex lege Julia* en 664.

3. La concession était faite aux soldats dont les noms suivaient par une constitution qui était affichée à Rome sur des tables de bronze et dont chaque soldat faisait copier en la forme ordinaire sur un petit carnet de bronze (diptyque) la partie le concernant. V. *Textes*, pp. 124-125. Mais naturellement elle était distincte du congé qui pouvait être concédé sans qu'elle y fut comprise, même quand il était donné après de bons services (*honesta missio*) et qui alors avait lieu sans table de bronze, *sine aere*, comme disent des papyrus et comme montre, à notre sens, aujourd'hui le diptyque reproduit *Textes*, p. 127.

4. César, *B. c.*, 2, 20. Cf. Mommsen, *Ges. Schr.*, 6, 1910, p. 31.

5. C'est ce que Mommsen a démontré d'une manière lumineuse, principalement à l'aide des inscriptions de militaires, *Ges. Schr.*, 6, 1910, pp. 20-94. V. aussi *C. I. L.*, III, *suppl.*, p. 1212, sur l'inscription de Coptos, n° 6627.

6. Ulpien, *D.*, 1, 5, *De statu hom.*, 17 (d'où l'erreur Nov. 78, c. 5). Dion, 77, 9. *Vita Severi*, 1 et le texte mutilé du rescrit lui-même contenu dans le papyrus de

En somme, la disposition de Caracalla étendit à tout l'empire la qualité de citoyen accordée par la loi Julia aux Italiens, par la loi Roscia aux Cisalpins, et dont depuis les concessions individuelles et collectives avaient toujours été plus nombreuses. Mais elle ne créa pas une unité complète de législation : d'abord la distinction des citoyens, des Latins et des pérégrins a subsisté chez les affranchis jusqu'à Justinien ; ensuite les ingénus eux-mêmes purent toujours devenir pérégrins par l'effet de condamnations ; enfin, même chez les ingénus non condamnés, les diplômes militaires continuent à supposer la qualité de pérégrins, soit chez les soldats, soit chez leurs femmes, après Caracalla. Il faut donc que, d'une manière quelconque, le champ d'application du texte ait été restreint : un fragment tout récemment découvert de la constitution nous apprend tout au moins qu'elle excluait les déditices [1].

Sous Justinien au contraire, la constitution est entendue plus largement comme s'étendant à tous les habitants de l'empire et, les affranchis pérégrins ayant été supprimés par lui, il ne reste d'autres pérégrins que les condamnés. Mais, si le nom de l'ancienne pérégrinité a par

Giessen, n° 40, publié et commenté par Paul M. Meyer, *P. Giss.*, 2, 1910, pp. 25-45, 3, 1912, pp. 164-165 et reproduit *Textes*, pp. 203-205. 912-913. Cf. J. Bry, *Etudes Girard*, 1912, 1, pp. 1-42. E. Balog, *Ueber das Alter der Edikt-Kommentare des Gaius*, 1914, pp. 112-135. Le rescrit paraît antérieur au 8 novembre 212, d'après l'inscription *C. I. Gr.*, III, 4680, signalée par M. Wilcken, *Hermes*, 27, p. 294, n. 1.

1. Le texte mutilé du *P. Giss.* 40, contient un membre de phrase restrictif excluant les déditices. Ce renseignement nouveau est précieux ; mais il ne lève pas à beaucoup près toutes les difficultés, par exemple parce qu'on ne voit pas comment cette clause exclurait, parmi les ingénus, les habitants de l'Egypte, où la naturalisation ne pouvait anciennement être accordée qu'aux membres des villes constituées sur le type romano-hellénique et non pas aux Egyptiens ordinaires (Pline, *Ep. ad Traj.*, 6, complété par *C. I. L.*, III, *suppl.*, 6627, p. 1212), mais où, bien que l'organisation municipale paraisse avoir été généralisée par Sévère (Wilcken, *Ostraka*, 1, 1899, p. 430 et ss.), les habitants ordinaires ne sont pas citoyens après Caracalla, ni, parmi les affranchis, les Latins Juniens qui subsistent après Caracalla comme avant et qui ne peuvent guère être comptés *in dediticiorum numero*. M. Paul M. Meyer, qui semble considérer l'exception comme forcément limitative, paraît vouloir écarter exclusivement ces difficultés par la définition large et nouvelle qu'il propose des déditices (p. 116, n. 1). Mais cette définition est douteuse et elle n'expliquerait pas tout. Il nous semble donc qu'il faut toujours admettre, à titre supplétoire, certaines restrictions indiquées auparavant comme possibles, notamment par Mommsen, *Hermes*, 16, pp. 474-476 = *Gesch. Schr.*, 5, pp. 418-419 et *Droit pénal*, 1, pp. 144-146. Ainsi la concession a pu être faite aux villes chefs-lieux à l'exclusion des territoires en dépendant (*Droit public*, 6, 2, pp. 407-416), en Egypte uniquement aux décurions et à leur descendance (*Droit pénal*, 1, p. 144, n. 3). En tout cas, elle peut n'avoir visé que les habitants actuels de l'empire, ce qui exclut les affranchis pérégrins et Latins postérieurs et leurs descendants, les condamnés postérieurs et leurs descendants, ce qui exclut aussi toutes les populations implantées volontairement ou de force dans l'empire depuis Caracalla. — C'est naturellement une question toute différente de savoir dans quelle mesure les pérégrins transformés légalement en citoyens par la constitution de Caracalla, ont, en fait, continué, d'une manière juridiquement contestable, à pratiquer des institutions nationales différentes des institutions romaines. Ajouter à ce point de vue aux exemples déjà donnés par Mitteis, *Reichs-*

suite à peu près complètement disparu, la chose existe toujours. L'ancienne condition des pérégrins revit chez les *barbari* établis dans les districts frontières qui ne sont pas plus les barbares purs et simples que les pérégrins n'étaient les étrangers purs et simples, qui sont comme eux des sujets romains vivant sous leurs lois propres [1].

SECTION II. — Les affranchis.

Les affranchis [2] (*liberti*, *libertini*) [3], c'est-à-dire, par opposition aux ingénus, ceux qui ont été légalement esclaves et qui ont cessé de l'être par un affranchissement (*manumissio*), peuvent également, depuis une certaine époque, être citoyens, Latins ou pérégrins [4].

§ 1. — Affranchis citoyens.

L'affranchi citoyen est l'affranchi par excellence, le seul qui existe encore après Justinien, celui auquel on pense d'ordinaire quand on parle d'un affranchi. C'est chez lui que nous étudierons d'abord les conditions d'existence et les effets de l'affranchissement.

I. Conditions d'existence de l'affranchissement. — La question fondamentale est de savoir par quel acte un maître peut faire de son esclave un citoyen. Il faut voir ensuite si l'efficacité de cet acte n'est pas en outre soumise à des conditions de fond.

1. *Modes d'affranchissement.* Peut-être n'y avait-il pas, à l'origine, de procédé d'affranchissement. C'est un régime qui a longtemps subsisté en Grèce où le maître qui voulait assurer à son esclave une liberté de fait n'avait d'autre ressource que de le céder, sous cette condition, à une personne morale destinée à ne pas mourir, à un temple, à une divinité [5]. Mais, quoiqu'il y ait à Rome des vestiges du même expédient [6], on y a reconnu, dès un temps très reculé, trois procédés d'affranchissement

recht und Volksrecht, p. 376. l'acte d'adoption égyptien de l'an 381 publié et commenté par lui, *Arch. f. Pap.*, 3, 2, 1904, pp. 173-184.

1. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 331, n. 1 ; p. 224, n. 1.

2. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 1-46 (affranchis citoyens). 6, 2, pp. 247-249 (affranchis Latins Juniens), 6, 1, p. 158 (affranchis déditices). Lemonnier, *Condition privée des affranchis aux trois premiers siècles de notre ère*, 1887. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 128-151.

3. Sur le sens précis des deux expressions, v. Mommsen, pp. 2-5.

4. Ulpien, 1, 5 : *Libertorum genera sunt tria, cives Romani, Latini Juniani, dediticiorum numero.*

5. P. Foucart, *Comptes rendus de l'Acad. des inscr.*, 1863, pp. 129-153. Dareste, Haussoullier, Reinach, *Inscr. juridiques grecques*, II, pp. 134-288 ; cf. pp. 289-299. V. aussi Partsch, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 428-434. C'est à cet usage hellénique qu'il faut, croyons-nous, rapporter la condition spéciale des femmes esclaves de la Vénus du mont Eryx en Sicile (Cicéron, *Divin. in Caec.*, 17, 55) et des hommes esclaves de Mars à Larinum en Italie méridionale (Cicéron, *Pro Cluent.*, 15, 43). Cf. *C. I. L.*, X, p. 746.

6. Festus, v° *Manumitti* ; v° *Puri*. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 2, n. 3.

qui présentent d'ailleurs, tous trois, le caractère de dérogations à la loi ou même de subterfuges destinés à la tourner : le cens, la vindicte et le testament.

L'affranchissement *censu* résultait de l'inscription de l'esclave sur les listes des citoyens faite par le censeur du consentement du maître. L'homme libre qui ne se fait pas inscrire au cens est réputé esclave (p. 102). L'esclave inscrit au cens de l'aveu du maître est réputé libre [1].

Ce premier procédé était intermittent : on ne pouvait l'employer qu'au moment du cens, tous les quatre ou cinq ans. La *vindicta* [2] était d'un emploi toujours possible [3]. C'est le procès de liberté, la *causa liberalis* (p. 103) utilisée artificiellement pour donner la liberté à un homme en ayant l'air de reconnaître sa liberté préexistante. Le maître aposte un compère pour jouer en face de lui le rôle d'*adsertor* et, au lieu de répondre devant le magistrat à sa *vindicatio in libertatem* par une *vindicatio in servitutem* qui lierait la procédure du *sacramentum*, il acquiesce à sa prétention, il s'efface devant elle (*cedit in jure*) : en sorte que le magistrat qui donne acte de cet aveu se trouve, dans ce cas comme dans beaucoup d'autres applications de l'*in jure cessio*, concourir à la création d'un droit nouveau en semblant sanctionner un droit antérieur.

Enfin le maître, qui ne veut pas se dépouiller de son vivant de la propriété de l'esclave, mais seulement en dépouiller sa succession, a pour cela un troisième procédé. Il peut, dès une époque fort ancienne, obtenir un vote du peuple dérogeant pour la transmission de son hérédité à l'ordre légal, une loi spéciale dérogeant à l'ordre général des successions, qui fera passer ses biens à un autre héritier que l'héritier appelé par la loi, qui grèvera aussi cet héritier de certaines charges. C'est le testament. Or, il peut, dans ce testament, faire un affranchissement testamentaire accordant la liberté à cause de mort à son esclave (*servus Stichus liber esto*) [4]. Il y a là un acte législatif qui n'a cessé d'être tel que par la transformation générale du testament et où, par suite, la concession de la liberté peut être subordonnée à un terme ou à une condition [5], tandis

Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, p. 139. A. Pernice, *Sitzungsberichte* de Berlin, 51, 1886, pp. 1202-1203.

1. Ulpien, 1, 8. Fragment dit de Dosithée, 17.

2. Ainsi nommée d'un bâton, *vindicta*, *festuca*, que tenait l'*adsertor* : Boèce, *In Cic. Top.*, 2. Plaute, *Mil. glor.*, 4, 1, 15. Sur l'usage de ce bâton, v. Mommsen, *Dr. publ.*, 2, p. 63, n. 2. De Ihering, *Esprit du dr. R.*, 1, p. 165. Fragment de relief relatif à l'affranchissement par la vindicte reproduit et commenté en dernier lieu par M. Cuq, *C. r. de l'Acad. des inscr.*, 1915, pp. 537-551.

3. Ulpien, 1, 7. *D.*, 40, 2, *De manum. vind.*

4. Ulpien, 1, 9. *D.*, 40, 4, *De manum. test.*

5. L'individu ainsi affranchi, qui reste esclave jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition, mais qui a une expectative de liberté soustraite à l'arbitraire de son nouveau maître, est appelé *statuliber*. Paul, *D.*, 40, 7, *De statulib.*, 1, *pr.* : *Statuliber est qui statutam et destinatam in tempus vel condicionem libertatem habet.* Papinien, *D.*, *h. t.*, 33 : *Statuliberorum jura per heredem fieri non possunt duriora.* Cf. de Ihering, *Esprit du dr. R.*, 2, pp. 164-165.

que, dans les deux autres procédés où l'on crée un droit nouveau en ayant l'air de constater un droit préexistant, il ne peut être question de déclarer qu'un homme *est* libre, *si* tel événement se réalise, *quand* telle date sera arrivée.

La différence de structure de l'affranchissement à cause de mort et des affranchissements entre vifs fait que le terme et la condition peuvent affecter le premier et non les seconds. Mais elle n'entraîne pas, entre eux, d'autre diversité d'effets. Bien que l'affranchissement par la vindicte et l'affranchissement par le cens se présentent comme la reconnaissance d'une liberté passée, ils ne produisent d'effet que pour l'avenir On ne prend pas la fiction à la lettre, comme durent faire ses premiers inventeurs [1]. Le législateur, qui l'a acceptée de bonne heure, montre qu'il n'en est pas dupe en tenant toujours compte de la servitude passée, en considérant la personne déclarée libre devant le magistrat comme affranchie et non pas comme ingénue, en regardant comme esclaves les enfants de la femme esclave nés avant l'affranchissement.

De trois procédés, l'affranchissement par le cens, tout en figurant toujours dans la théorie juridique, cessa d'être en activité pratique dès le début du Principat [2]. Mais le droit païen n'a pas admis pour cela de nouveaux procédés pouvant servir à faire des affranchis citoyens. Un développement, qui est toujours devenu plus étendu et dont les commencements remontent au début du principat, a admis des cas de plus en plus multiples où la liberté sera acquise à l'esclave sans affranchissement par un véritable bienfait de la loi (dénonciation de crimes ; vente sous une certaine clause ; prescription depuis Dioclétien ; faveurs d'ordre religieux, sous les empereurs chrétiens) [3]. L'affranchissement testamentaire a bénéficié de la simplification générale des conditions de validité des dispositions testamentaires, en même temps que la reconnaissance des fidéicommis a permis depuis Auguste un second genre d'affranchissement à cause de mort où le défunt au lieu d'affranchir lui-même l'esclave oblige son héritier à l'affranchir [4]. L'affranchissement

1. Rien ne fait mieux ressortir cette restriction des effets logiques de la fiction que l'apparition dans la pratique d'un nouvel expédient sévèrement interdit par un sénatus-consulte du temps de Domitien et tendant précisément à faire de l'individu un ingénu au moyen d'un procès simulé entre lui et son maître ancien ou présent, soit sur le point de savoir s'il est ou non son affranchi, soit même positivement, comme dans l'ancien affranchissement par la vindicte s'il est libre ou esclave (*senatus consultum de collusione detegenda*, *D.*, 40, 16, *De coll. deteg.*, 1 ; 2 ; 4).

2. Fragments de Paris des réponses de Papinien, 9, 1 (*Textes*, p. 374) ; Ulpien, 1, 8, et les observations d'Esmein, *Mélanges*, pp. 355-358.

3. *D.*, 40, 8, *Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt*. *C.*, 7, 22, *De longi temporis praescriptione, quae pro libertate... opponitur*. Cf. les énumérations d'Accarias, *Précis*, 1, p. 107, n° 2, et de Baron, *Institutionen*, § 21 (qui contiennent du reste aussi les cas similaires de liberté latine, p. 129).

4. On opposa alors la liberté directe de l'esclave affranchi par testament, qui devient, si le testament est valable et si l'hérédité est acceptée par l'héritier ins-

par la vindicte est, par un phénomène d'effacement très habituel devenu une copie de moins en moins fidèle du procès de liberté et a fini par n'être qu'une déclaration du maître devant le magistrat [1]. Mais il faut arriver à l'Empire chrétien pour trouver un nouveau procédé d'affranchissement, l'affranchissement fait à l'église, en présence du clergé, probablement à l'imitation de précédents helléniques, qui fut reconnu par Constantin (*manumissio in ecclesia, in sacrosanctis ecclesiis*) [2], et c'est seulement Justinien qui a, comme nous verrons, donné la puissance de faire des citoyens aux modes qui jusqu'alors faisaient des Latins ou des pérégrins.

2. *Conditions de fond.* Il n'a pu guère être question de conditions de fond de l'affranchissement, au sens exact, avant l'époque, au reste fort ancienne, où le testament a cessé d'être une loi pour le troisième procédé, et avant celle, encore plus ancienne, où la réalité de l'opération a été reconnue sous son déguisement pour le cens et la vindicte. Mais même depuis, durant toute la République à peu près, on s'est borné à exiger chez l'auteur de l'affranchissement la propriété et la capacité d'aliéner, indispensables à la validité de tout acte de disposition [3] ; on n'a pris aucune précaution préventive, d'ordre public, contre les créations de nouveaux citoyens qui pouvaient être ainsi réalisées [4]. Les garanties étaient uniquement cherchées, après coup, dans les infériorités politiques dont étaient frappés les affranchis.

Vers le début de l'Empire au contraire, on recourut à des mesures directement préventives. Ce fut l'objet de deux lois : de la loi Fufia Caninia de l'an 752 [5] et de la loi Aelia Sentia, de l'an 757 de Rome = 4 après Jésus Christ [6].

La loi Fufia Caninia restreignit le nombre des affranchissements testamentaires licites à un certain chiffre proportionnel au nombre total d'esclaves du testateur [7] sans pouvoir être supérieur à cent et elle déclara nuls les affranchissements faits en plus.

titué, affranchi du défunt (*libertus orcinus*), à celle de l'esclave bénéficiaire d'un fidéicommis de liberté, qui devient affranchi de l'héritier par l'affranchissement entre vifs émanant de celui-ci (Ulpien, 2, 7. 8).

1. Gaius, *D.*, 40, 2, *De manum. vind.*, 7. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8. Hermogénien, *D.*, *h. t.*, 23

2. Constantin, *C. Th.*, 4, 7, *De manum. in eccl.*, 1. Sur son rattachement aux usages helléniques cités plus haut, v. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht.*, p. 100.

3. Nous négligeons les détails relatifs au cas où la propriété était divisée ou démembrée. V. Accarias, 1, n° 68.

4. Il y a bien, depuis l'an 397, un impôt de 5 0/0 sur les affranchissements (*vicesima libertatis*) : Tite-Live, 7, 16. Mais ce paraît avoir été surtout une mesure fiscale.

5. Jusqu'aux derniers temps, on savait seulement par Suétone, *Oct.*, 40 : *Manumittendi modum terminavit*, qu'elle était du temps d'Auguste. Une inscription récemment trouvée à Rome, *Ann. ép.*, 1907, n° 16, nous a appris que C. Fufius Geminus était consul avec L. Caninius Gallus, le 18 septembre 752.

6. Dion, 55, 13.

7. Gaius, 1, 42-46.

La loi Aelia Sentia est beaucoup plus importante. Elle contient quatre dispositions principales : 1° Elle défend aux maîtres âgés de moins de vingt ans d'affranchir leurs esclaves sans justification d'un motif sérieux[1]. Tandis que le maître arrivé à la puberté, c'est-à-dire, dans la doctrine qui a prévalu, âgé de plus de quatorze ans, peut, en droit civil, librement disposer de tous ses autres biens, la loi Aelia Sentia ne lui permet de disposer de ses esclaves par un affranchissement qu'en justifiant d'un motif légitime : parenté en ligne directe avec l'esclave, intention de l'épouser, etc. La preuve est administrée devant le magistrat qui doit concourir à l'affranchissement (consul, préteur, gouverneur) assisté d'un conseil composé à Rome de cinq sénateurs et de cinq chevaliers, en province de vingt personnes inscrites sur les listes des jurys, de vingt récupérateurs. Si la légitimité du motif est reconnue, l'affranchissement a lieu par la vindicte ; s'il est fait autrement ou sans justification de motif, il est nul. — 2° La loi interdit l'affranchissement fait en fraude des créanciers. L'ancien droit ne s'occupait pas de faire tomber les actes par lesquels le débiteur nuisait à ses créanciers en se rendant sciemment insolvable ou plus insolvable (*consilium fraudis*, *eventus damni*) et il n'avait guère besoin de s'en préoccuper à cause de l'ancienne rigueur de l'exécution contre les insolvables, tués ou vendus à l'étranger. Au contraire, des dispositions de l'édit du préteur, dont l'existence est déjà attestée par Cicéron[2], s'occupèrent de faire tomber ces actes. Mais ces dispositions n'atteignaient pas les affranchissements. La loi Aelia Sentia leur étendit le système en décidant qu'en pareil cas l'affranchissement serait non pas révoqué, mais nul dès le principe, que *qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit*[3]. — 3° Elle défend en outre d'affranchir l'esclave avant l'âge de trente ans sans justification d'un motif sérieux devant le conseil précité[4]. Au cas contraire, l'esclave ne devient pas affranchi citoyen, mais seulement Latin Junien. — 4° Enfin elle défend de rendre citoyens les esclaves qui avaient subi en captivité un châtiment grave (*vincti tortive*). Leur affranchissement les fit désormais devenir seulement pérégrins.

Nous retrouverons les deux dernières clauses, évidemment destinées à relever le niveau de la classe des citoyens, en nous occupant des affranchis Latins et pérégrins ; nous verrons aussi là qu'elles furent abolies par Justinien. Le même Justinien supprima encore la loi Fufia Caninia dirigée contre les affranchissements testamentaires en masse, souvent inspirés par une pure ostentation[5]. Il supprima aussi, d'abord

1. Gaius, 1. 38-41. Cf. loi de Salpensa, c. 28.
2. Cicéron, *Ad Att.*, 1, 1, 3.
3. *Inst.*, 1, 6, *Qui manumitt. non poss.*, *pr.*, ; 3.
4. Gaius, 1, 18-20. Cf. Ulpien, 1, 12. Exemples d'affranchissements autorisés par le *consilium*, *C. I. L.*, VI, 1877 : *Manumissus at concilium* ; *C. I. L.*, XIV, 1437 : *In consilio manumisso*.
5. *Inst.*, 1, 7, *De leg. Fufia sublata*.

partiellement, puis totalement [1], la clause relative à l'âge du maître en matière d'affranchissement testamentaire. Il a au contraire maintenu l'exigence de justification d'une juste cause pour l'affranchissement entre vifs fait par un maître de moins de vingt ans et la nullité de l'affranchissement fait en fraude des créanciers.

II. Effets de l'affranchissement. — La condition des affranchis a été marquée par deux ordres d'infériorités : des infériorités politiques, destinées à restreindre dans l'État l'influence de citoyens de passé suspect ; des infériorités privées, venant principalement du lien par lequel ils sont attachés à leur ancien maître et à sa famille. Les deux ordres d'infériorité ont subi l'influence du temps ; mais c'est naturellement le premier qui a le plus varié avec les régimes de l'État.

1. En droit privé, les affranchis sont frappés d'une incapacité de se marier avec les ingénus qui fut restreinte au mariage avec les membres de l'ordre sénatorial par la loi Julia de 736 et abolie par Justinien. Mais ils sont surtout soumis au patronat de l'auteur de l'affranchissement [2].

Le lien résultant du patronat, qui se transmet aux descendants du patron, mais non à ceux de l'affranchi, est un lien de pseudo-parenté qu'on a rapproché de celui qui lie l'enfant au père. Le patron a donné la personnalité à l'affranchi un peu comme le père à l'enfant, et on peut dire que cela s'exprime dans le nom d'une manière un peu semblable : l'affranchi s'appelle *M*(*arci*) *l*(*ibertus*), comme le fils *M*(*arci*) *f*(*ilius*), et il prend aussi le nom de famille du patron et même à la fin son prénom, tandis qu'il garde son nom d'esclave comme *cognomen*. L'esclave *Hermodorus M. Tullii Ciceronis servus* s'appellera, après son affranchissement, *M. Tullius*, *M. l.*, *Hermodorus*.

Les droits très nombreux, à la fois familiaux et pécuniaires, qui résultent du patronat peuvent se ramener sans trop de peine à trois termes : *obsequium*, *operae*, *bona*. — 1° *Obsequium* [3]. L'affranchi doit le respect à son patron et aux ascendants de celui-ci comme le fils à son père, et cela produit des effets sensiblement analogues à ceux que nous verrons résulter de là pour le fils : ainsi anciennement il est soumis à sa juridiction domestique [4], plus tard il ne peut l'actionner en justice sans autorisation du magistrat, et il ne peut obtenir condamnation contre lui que dans la limite de ses ressources (*in id quod facere potest*) [5], etc. — 2° *Operae* [6]. L'obligation de continuer à rendre des services de dévouement et de

1. *Inst.*, 1, 6, *Qui manumitt. non poss.*, 7. Nov. 119, c. 2.
2. *D.*, 37, 14, *De jur. patr.* Cf. Leist, dans Glück, série des livres 37-38, tomes 4, 1877, pp. 301-627 ; 5, 1879, pp. 1-566.
3. *D.*, 37, 15, *De obseq.*
4. Suétone, *Caes.*, 48. Cf. pour l'époque impériale, Ulpien, *D.*, 37, 14, *De jur. patr.*, 1.
5. Gaius, 4, 46 ; *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 38.
6. *D.*, 38, 1, *De op. lib.*

complaisance (*operae officiales*) au patron après l'affranchissement était par elle-même un simple devoir moral dont le patron ne pouvait réclamer l'exécution en justice ; mais d'ordinaire le patron se faisait promettre non seulement ces services domestiques, mais des services ayant un caractère industriel et pécuniaire (*operae fabriles*) et même des présents de circonstances (*donum, munus*) [1] par une convention expresse qui faisait alors naître une action en exécution (*judicium operarum*) [2]. L'édit du préteur eut même, dès les premiers temps de la procédure formulaire, à déclarer inexécutoires certaines conventions trop rigoureuses incompatibles avec une véritable liberté [3]. — 3° *Bona* [4]. Enfin, le patron et ses descendants tenant lieu de famille à l'affranchi, non seulement il existe entre eux et lui à l'époque récente une obligation alimentaire réciproque [5], mais ils ont en face de lui, quand il meurt sans postérité, un droit de succession ab intestat qui, suivant une corrélation constante dans l'ancien droit romain, est accompagné d'un droit de tutelle sur l'affranchi impubère ou du sexe féminin et qui a été renforcé par l'édit du préteur à l'aide d'actions dirigées contre les actes destinés à l'éluder (*a. Fabonia, a. Calvisiana*).

Ces divers droits de patronat peuvent d'ailleurs disparaître pour le bénéficiaire à titre de peine, par exemple, quand il intente une accusation capitale contre l'affranchi [6], quand il lui refuse des aliments [7], et d'après une nouvelle disposition de la loi Aelia Sentia [8], quand il essaie de faire argent du droit aux *operae*. Ils disparaissent aussi, dans le droit impérial, par une décision de l'empereur, la *restitutio natalium*, qui assimile en tout l'affranchi à un ingénu, mais qu'à cause de cela l'empereur prononce d'ordinaire seulement du consentement du patron [9].

2. En droit public, l'affranchi n'a pas le droit d'occuper des magis-

1. Au total, *operae, donum, munus*, selon la formule de Paul, *Sent.*, 2, 32, 1, et de Valerius Probus, *Extraits alphabétiques*, n° 3, *Textes*, p. 217. — Cf. sur la portée, d'ordinaire exagérée, de l'opposition des *operae fabriles* aux *officiales*, Mitteis, *Z. S. St.*, 23, 1902, pp. 143-148 ; Thélohan, *Etudes Girard*, 1, 1912, pp. 358, n. 2. 362, n. 4.

2. Nous reviendrons, dans la théorie des contrats, sur les modes de formation de cette obligation (stipulation, *jusjurandum liberti*).

3. Edit de Rutilius, sans doute le consul de 649, préteur en 636 au plus tard (p. 45) fixant le maximum au partage des biens de l'affranchi et suivi d'édits postérieurs réduisant l'effet de cette clause de partage à une *bonorum possessio certae partis* : *D.*, 38, 2, *De bon lib.*, 1, *pr.* 1. 2. — *Exceptio onerandae libertatis* : Ulpien, *D.*, 44, 5, *Quar. rer. act. non dat.*, 1, 5. Paul, *D.*, *h. t.*, 2, 2. — Exemption des *operae dona munera* portée par les lois Julia et Papia au profit de celui qui a deux enfants en puissance : *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 37, *pr.*

4. *D.*, 38, 2, *De bonis lib.*

5. Paul, 2, 32, 1. Marcien, *D.*, 37, 14, *De jure patr.*, 5, 1.

6. Ulpien, *D.*, 38, 2, *De bonis lib.*, 14.

7. Marcien, *D.*, 37, 14, *De jur. patr.*, 5, 1.

8. *D.*, 40, 9, *Qui et a quib.*, 32, 1-2. Autre déchéance résultant de la loi Aelia Sentia, *D.*, 37, 14, *De jure patr.*, 15.

9. *D.*, 40, 11, *De nat. rest.*, 2.

tratures ni celui de siéger dans le sénat qui fait également défaut à ses descendants au premier degré. Il n'a pas non plus le droit de servir dans les légions, au moins depuis que les citoyens non propriétaires y sont admis. Enfin, quant au droit de vote, depuis que la tribu a été étendue aux non propriétaires, les affranchis sont parqués dans les quatre tribus urbaines (p. 32). Et l'Empire n'a fait qu'accentuer ces infériorités déjà établies sous la République : les affranchis semblent avoir été dépouillés du droit de vote à l'époque d'Auguste, ce qui se produisit en un temps où les comices ne votaient plus guère, mais ce qui se traduit dans leur nom où la mention de la tribu disparaît alors ; une loi Visellia de l'an 24 ap. J.-C. leur défendit d'occuper les magistratures municipales [1]. Mais, à la différence de ce qui existait sous la République, ils peuvent, sous l'Empire, être relevés de leurs déchéances politiques par une décision impériale, non seulement par la *restitutio natalium*, mais, dès une époque plus ancienne, par la concession de l'anneau d'or (*jus aureorum anulorum*) ; cette distinction, d'abord réservée aux sénateurs, puis étendue aux chevaliers et ensuite aux ingénus, a été accordée par les empereurs, jusqu'à Commode, aux affranchis ayant le cens équestre, depuis lui aux affranchis quelconques, et elle les assimilait politiquement aux ingénus sans atteindre les droits de patronat [2]. Justinien a déclaré, dans la novelle 78, accorder à tous les affranchis le *jus aureorum anulorum* et la *restitutio natalium*, mais sauf les droits de patronat qui disparaîtront donc désormais par une renonciation du maître et seulement par elle.

Il y a, pour faire décider si un individu est l'affranchi d'un autre, une action propre qui, depuis l'introduction de la procédure formulaire, s'intente entre eux sous la forme d'une action préjudicielle prétorienne [3]. De plus la loi Visellia prescrivit des poursuites criminelles contre l'affranchi qui usurpait la qualité d'ingénu [4].

1. V. pour les preuves, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 1 et ss.
2. *D.*, 40, 10, *De jur. aur. an.*, 6. *F. V.*, 226. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 5, pp. 170-173.
3. *Praejudicium an N. Negidius A. Agerii libertus sit, an A. Agerius ingenuus sit* : *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 13. *D.*, 40, 14, *Si ingenuus esse dicetur*, 6. *D.*, 22, 3, *De probat.*, 14. Cf. Lenel, *Ed.*, § 141. — On aperçoit en outre là comme en matière de procès de liberté (p. 105, n. 2) la juridiction extraordinaire des consuls (*D.*, *h. t.*, 4) et cela porte à conjecturer que le préteur *de liberalibus causis* y a été pareillement compétent. Cf. Bethmann-Hollweg, A. Pernice et Joers, aux lieux cités, p. 105, n. 2. Le texte qui atteste la compétence des consuls en parle au sujet d'un sénatus-consulte défendant d'intenter le *praejudicium de ingenuitate*, cinq ans après l'affranchissement et Bethmann-Hollweg voit assez vraisemblablement dans ce sénatus-consulte un acte législatif du temps de Marc-Aurèle symétrique au sénatus-consulte du temps de Domitien sur la collusion (p. 122, n. 1), qui permettait d'attaquer dans le même délai les sentences rendues dans le sens de l'ingénuité (*D.*, 40, 15, *Ne de statu*, 1, 3 ; *D.*, 40, 16, *De coll. deteg.*, 2, *pr.* 4).
4. Dioclétien, *C.*, 9, 21, *Ad leg. Visell.*, 1. Cf. Mommsen, *Droit public*, 6, 2, p. 6, n. 3. *Droit pénal*, 3, p. 185, n. 7.

§ 2. — Affranchis Latins.

Sont d'abord Latins les affranchis des Latins, car leurs maîtres ne peuvent leur donner une condition supérieure à la leur propre [1]. Mais il existe une autre catégorie d'affranchis Latins beaucoup plus remarquable : les affranchis Latins Juniens, *Latini Juniani*, ainsi nommés d'une loi que tous les textes, sauf les Institutes de Justinien, appellent *Junia*, que les Institutes appellent *Junia Norbana*. Si elle s'appelait Junia Norbana, elle serait à peu près forcément des deux consuls de l'an 772 ; mais ce témoignage isolé ne suffit pas à prouver qu'elle porte les deux noms, il est au contraire à peu près impossible qu'elle soit postérieure à la loi Aelia Sentia de l'an 757 [2] et des arguments de fond permettent de localiser cette loi favorable aux affranchissements, admettant la validité de nouveaux modes, entre l'an 710, où Cicéron écrit que l'on ne peut devenir libre que par le cens, par la vindicte ou par testament, et l'an 727 date de l'avènement définitif d'Auguste dont le gouvernement a été défavorable aux affranchissements [3]. Nous allons indiquer sommairement : 1° quels sont les Latins Juniens ; 2° quelle est leur condition ; 3° comment ils peuvent en sortir pour devenir citoyens.

I. Sources de la latinité Junienne. — Sont Latins Juniens : 1° En vertu de la loi Junia, les esclaves affranchis sans formes [4]. Les maîtres avaient pris, dès le temps de la République, l'habitude d'exprimer leur désir d'affranchir leurs esclaves, en dehors des formes légales, par certaines manifestations de volonté orales ou écrites (*inter amicos*, *per epistulam*). Cela ne rendait pas l'esclave libre en droit ; il le devenait seulement en fait par une tolérance du maître qui pouvait toujours cesser. Mais le préteur, sans doute ému de revirements scandaleux, intervint assez tôt en déclarant dans son édit qu'en pareil cas il refuserait la *vindicatio in servitutem* au maître oublieux de sa parole (comme il refusait la *vindicatio in libertatem* à l'homme qui s'était laissé vendre pour partager le prix, p. 103). Le résultat était de faire l'individu rester en liberté de fait, tout en étant esclave de droit, tout en acquérant toujours pour son maître, tout en procréant des esclaves, si c'était une femme. La loi Junia créa un droit modelé sur cette situation, mais plus avantageux pour l'esclave en décidant que les gens ainsi affranchis sans

1. On en trouve un exemple dans la loi de Salpensa, c. 23.
2. Car elle paraît bien avoir été la première à créer des affranchis Latins ; v. le fr. dit de Dosithée, 12 : *Lex Junia quae Latinorum genus introduxit*, et Gaius, 3, 56, qui admet que la première loi qui ait eu à régler la succession des affranchis Latins est la loi Junia.
3. V. d'un côté, Cicéron, *Top.*, 2, 10, et de l'autre, Suétone, *Oct.*, 40. Il y a sur la date de la loi Junia, tant en France qu'à l'étranger, toute une littérature d'une abondance presque encombrante. V. la bibliographie dans Lemonnier, p. 64, n. 1. Nous nous contentons d'indiquer l'opinion qui nous semble la moins aventureuse.
4. V. M. Wlassak, *Z. S. St.*, 26, 1906, pp. 367-434.

formes auraient la liberté, mais une liberté spéciale (*propriam libertatem*), dont on a exprimé les règles en appelant les affranchis *Latini Juniani*[1] ; — 2° En vertu de la même loi, l'esclave affranchi par un maître qui n'a sur lui que la propriété prétorienne[2] ; — 3° En vertu de la loi Aelia Sentia, l'esclave âgé de moins de trente ans, qui n'a pas été affranchi par la vindicte après justification d'une juste cause (p. 124, n. 4) ; — 4° En vertu d'un édit de Claude[3], l'esclave devenu libre parce qu'il avait été abandonné vieux et malade par son maître ; — 5° En vertu d'une constitution de Constantin, l'esclave dénonciateur d'un crime de rapt[4].

II. Condition des Latins Juniens. — En principe, ils sont libres de leur vivant avec le statut des Latins coloniaires (d'où le nom de *Latini*), ce qui fait qu'ils procréent désormais des enfants libres et acquièrent pour eux-mêmes. Mais on les distingue des autres Latins par le nom de *Juniani*, parce qu'ils meurent esclaves, d'où il résulte qu'ils ne peuvent laisser de succession ni testamentaire ni ab intestat, que leurs biens seront repris par l'ancien maître non pas à titre d'hérédité, mais à titre de pécule, sans qu'il puisse être primé par des descendants en ligne directe, sans qu'il soit tenu des dettes autrement que par l'action *de peculio*[5]. La même loi les sépare des autres Latins, en leur laissant bien le droit d'être témoins dans les testaments et d'être gratifiés de libéralités testamentaires (*factio testamenti* passive), mais en ne leur permettant de les recueillir (*jus capiendi*) qu'à condition d'être devenus citoyens dans un certain délai après la mort[6].

III. Modes d'acquérir la cité. — Les Latins Juniens peuvent arriver à la cité par des modes fort nombreux et se rattachant à des idées diverses : tantôt en vertu de faveurs faites au mariage et à la fécondité[7] ; tantôt à raison de services rendus à l'administration de la capitale, en matière de police, de voirie, d'alimentation[8] ; puis par la répétition

1. Gaius, 3, 56. Fr. de Dosithée, 5. 6. Exemples concrets dans le diptyque égyptien en langue grecque de l'an 222, *Textes*, pp. 849-850, et le *P. Oxy*, IX, 1205.
2. Ulpien, 1, 16.
3. *C.*, 7, 6, *De Lat. lib. toll.*, 1, 3. V. sur l'extension presque universellement négligée donnée à cette disposition par la novelle 22, c. 12, G. Rotondi, *Rendiconti dell'Ist. Lombardo*, 48, 1915, pp. 720-732.
4. *C. Th.*, 9, 24, *De rapt. virg.*, 1. 5.
5. Gaius, 3, 56.
6. Ils ne peuvent non plus être nommés tuteurs testamentaires : Gaius, 1, 23. Ulpien, 17, 1.
7. *Anniculi causae probatio*, quand le Latin a épousé une Romaine ou une Latine devant sept témoins et qu'en prouvant avoir de cette union un enfant d'un an, il obtient la cité pour lui et les siens en vertu d'une disposition de la loi Aelia Sentia généralisée par le sénatus-consulte Pégasien : Gaius, 1, 28-31 ; *erroris causae probatio*, quand on a cru faussement son conjoint dans le cas du premier bénéfice : Gaius, 1, 67-75 : *triplex enixus*, quand une Latine a trois enfants : Ulpien, 3, 1.
8. *Militia* (par le service dans le corps des vigiles), *nave*, *aedificio*, *pistrino*. V. les détails dans Gaius, 1, 32 b. 32 c. 33. 34.

dans les conditions légales de l'affranchissement irrégulier [1] ; enfin par un privilège impérial [2], qui d'ailleurs ne supprime pas le droit du patron sur les biens, s'il est rendu sans son adhésion. La qualité d'affranchis citoyens fut conférée sans cette restriction à tous les affranchis Latins par une constitution de Justinien, qui déclara en même temps que les modes d'acquisition de la latinité Junienne et notamment tous les affranchissements sans forme feraient acquérir la cité et qui supprima donc les affranchis Latins Juniens [3].

§ 3. — Affranchis pérégrins.

Les affranchis sont naturellement pérégrins, quand ceux qui les affranchissent le sont eux-mêmes. Les maîtres procèdent alors à l'affranchissement selon les formes établies par leur loi nationale et il produit les effets déterminés par cette loi [4].

Mais, depuis la loi Aelia Sentia, il y a une autre catégorie d'affranchis pérégrins : ceux dont le maître était citoyen, mais qu'à raison de châtiments encourus durant la servitude on tient pour indignes de la cité. Ils étaient assimilés aux pérégrins déditices (p. 115). Ils ne pouvaient pas plus qu'eux ni donner ni recevoir par testament, puisqu'ils n'appartenaient à aucune cité ; en outre ils ne pouvaient, à la différence des Latins Juniens, parvenir en aucun cas à la cité romaine, et ils ne pouvaient résider à Rome ou dans le rayon de cent milles autour de Rome sans retomber en servitude [5]. Leur condition a également été abolie par Justinien [6].

SECTION III. — Appendice. — Cas de quasi-servitude.

Il y a, soit dans le droit ancien, soit dans le droit nouveau, un certain nombre de cas où une personne, sans perdre la liberté, ni même ordinairement la cité, se trouve placée dans une condition voisine de la servitude. Nous les rassemblerons tous ici, quoiqu'il y en ait plusieurs où la restriction à la liberté soit plutôt de pur fait que de droit [7].

1. *Iteratione* : Gaius, 1, 35.
2. *Beneficio principali* : Gaius, 3, 72.
3. *C.*, 7, 6, *De Lat. lib. toll.*, 1. *Inst.*, 1, 5, *De libertinis*, 3.
4. Exemple probable dans une inscription de Pamphylie signalée par Mommsen, *Z. S. St.*, 11, 1890, 303-304 (*Gesamm. Schr.*, 3, 41-42), qui, pour des libéralités faites par une femme riche à la population de la ville, distingue les οὐινδικτάριοι, les affranchis par la vindicte de maîtres citoyens, et les ἀπελεύθεροι, affranchis ordinaires ; mention expresse dans le fragment de Dosithée, 12 : *Praetor non permittet manumissum servire nisi aliter lege peregrina caveatur.*
5. Gaius, 1, 13. 26. 27.
6. *C.*, 7, 5, *De ded. lib. toll.*, 1. *Inst.*, 1, 5, *De libertinis*, 3.
7. Mommsen, *Festgabe für Beseler*, pp. 255-278 = *Ges. Schr.*, 3, 1907, pp. 1-20.

I. ***Liber homo bona fide serviens.*** — L'homme libre qui se croit l'esclave d'un autre et que cet autre possède lui-même de bonne foi, garde bien en droit sa capacité ; mais pourtant il acquiert pour son prétendu maître et non pas pour lui-même ce qui est acquis par son travail (*ex operis ejus*) ou avec les biens de son prétendu maître (*ex re ejus cui servit*) [1].

II. ***Addicti, judicati, nexi*** [2]. — Les *judicati* et les *nexi*, qui diffèrent seulement, croyons-nous, en ce qu'ils sont soumis à la *manus injectio* du créancier, les premiers en vertu d'un jugement et les seconds en vertu d'un contrat, sont, à la suite de cette *manus injectio*, s'ils ne paient pas ou ne fournissent pas de *vindex*, attribués (*addicti*) par le magistrat au créancier qui peut, au bout de soixante jours, les rendre esclaves en les vendant *trans Tiberim*. Mais auparavant le créancier emmène le débiteur *addictus* dans sa prison domestique où il peut le charger de chaînes, où il le garde au moins soixante jours, où en pratique il le garde souvent bien plus longtemps. Pendant que le débiteur est ainsi détenu, il est évidemment dans un état de fait de servitude, qui s'exprime juridiquement par la règle qu'il peut comme l'esclave faire l'objet d'un vol au préjudice du créancier [3]. Mais cela ne l'empêche pas de garder la cité et la liberté [4]. La preuve qu'il garde son patrimoine, sa capacité de contracter, c'est qu'il peut se nourrir *de suo* [5] et qu'il peut traiter avec son créancier, par exemple pour prendre envers lui l'engagement fréquent en vertu duquel la détention se prolongeait, l'engagement de rester en servitude jusqu'à ce qu'il l'ait remboursé par son travail [6]. — Une loi Poetelia Papiria a enlevé cette efficacité au *nexum* dès l'an 428 de Rome ; mais la détention du débiteur chez le créancier en vertu du jugement n'a pas été abolie par cette loi, et elle a subsisté légalement pendant toute l'époque classique. Elle n'a disparu qu'avec une constitution de 388 ap. J.-C. qui a supprimé, au moins en droit, les prisons privées [7].

III. ***Redempti*** [8]. — Les individus rachetés de captivité par un tiers

1. Gaius, 2, 91. 92. 3, 164. Ulpien, *D.*, 41, 1, *De acq. r. d.*, 23, *pr.* 1. Pomponius, *D.*, *h. t.*, 19. *Inst.*, 2, 9, *Per quas personas*, 4. Cf. Pernice, *Labeo*, 2, 1², pp. 369-380.
2. Nous renvoyons, pour l'ensemble des preuves, aux passages où nous traiterons plus loin du contrat de *nexum* et de l'exécution des jugements.
3. Gaius, 3, 199.
4. Cf. Quintilien, *Inst. or.*, 5, 10, 60 : *Aliud est servum esse aliud servire... Qui servus est si manumittatur fit libertinus, non itidem addictus*, 7, 3, 27 : *Ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet.*
5. XII Tables, 3, 4.
6. Aulu-Gelle, 20, 1, 46 (XII Tables, 3, 5).
7. *C. Th.*, 9, 11, *De privat. carc.*, 1. *C. Just.*, 9, 5, *De priv. carc.*, 1.
8. Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, pp. 126-148. Pampaloni, *B. Ist. D. R.*, 17, 1905, pp. 123-138. Institution analogue en droit attique et dans la loi de Gortyne. Cf. Buecheler et Zitelmann, *Das Recht von Gortyn*, 1885, p. 166. Dareste, Haussoullier, Reinach, *Inscr. juridiques grecques*, I, pp. 467-468.

sont dans une situation très analogue envers celui qui a avancé les frais de leur rançon. Ils sont redevenus libres et citoyens en vertu du *postliminium* ; mais leur créancier a sur eux jusqu'à ce qu'ils se soient libérés une sorte de droit de gage (*vinculum pignoris*) [1]. Cette institution, qui apparaît dans les textes à l'époque des Sévères, mais qui est certainement bien plus ancienne, existe encore sous Justinien. Seulement une constitution d'Honorius et d'Arcadius de l'an 409 a limité à cinq ans la durée des services par lesquels les *redempti* sans fortune se libéreront envers leurs créanciers [2].

IV. ***Auctorati*** [3]. — Les individus qui avaient été engagés par un entrepreneur (*lanista*) pour figurer dans les jeux du cirque restaient libres et même citoyens ; la meilleure preuve en est qu'ils étaient frappés de certaines déchéances secondaires [4]. Mais leur condition était reconnue comme portant atteinte à leur liberté normale ; elle faisait l'objet d'une déclaration devant les tribuns [5] ; ils juraient, probablement devant eux, *uri vinciri necarique* [6], et ils pouvaient, comme les *judicati*, faire l'objet d'un vol [7]. Leur existence légale a dû cesser depuis la constitution de Constantin interdisant les jeux de gladiateurs [8].

V. **Personnes *in mancipio*** [9]. — La *mancipii causa* est une conséquence du pouvoir du père d'aliéner ses enfants. Il peut les aliéner *trans Tiberim*, et alors ils deviendront esclaves à l'étranger (p. 102). Il peut aussi les aliéner à Rome et dans le sein de la ligue latine, comme les autres objets précieux de son patrimoine, comme les esclaves, par mancipation ; par exemple, dans un but de lucre, pour faire argent de leurs services ; par exemple, pour faire un abandon noxal, afin de se

1. *D.*, 28, 1, *Qui test. facere*, 20, 1 : *Quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri donec pretium solvat.* M. Pampaloni soutient que ce droit de gage est une création des compilateurs et que le *redemptus* était auparavant *in mancipio* en face de celui qui l'avait racheté.
2. *C.*, 8, 50 (51), *De postlim.*, 20.
3. Cf. Mommsen, *Ges. Schr.*, 3, p. 9. 8, p. 525. *Dr. publ.*, 3, p. 380, n. 5. B. Kuebler, *Dizionario epigrafico di Antichità*, 2, 1895, p. 769.
4. L'édit du préteur les déclarait incapables de postuler pour autrui (*D.*, 3, 1, *De postul.*, 1, 6) ; la loi *Julia* de 709, ligne 112, les exclut du décurionat municipal ; ils étaient en outre privés des droits de chevalier (Pseudo-Quintilien, éd. Ritter, *Declam*, 302).
5. Sénatus-consulte sur les jeux de 176-177, ligne 62 : *Is qui apud tribunum plebei c. v. sponte ad dimicandum profitebitur.* Il est probable que le tribun vérifiait aussi le prix convenu, qui d'après le sénatus-consulte ne pouvait dépasser 2.000 sesterces, sans doute afin d'empêcher cette ressource d'être trop attrayante pour des jeunes gens de grande famille ruinés. Cf. Mommsen, *Ges. Schr.*, 8, p. 525.
6. Porphyrio, *in Hor. sat.*, 2, 7, 58. 59.
7. Gaius, 3, 199.
8. *C.*, 11, 44, *De glad. pen. toll.*, 1.
9. De Ihering, *Esprit du dr. R.*, 1, p. 179 et ss. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 168-172. Schmidt, *Das Hauskind in mancipio*, 1870. Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, pp. 233-249.

soustraire à la responsabilité de leurs délits ; par exemple aussi, à partir d'une certaine époque, à titre d'expédient inventé par les praticiens, pour atteindre certains résultats artificiels (adoption, émancipation), grâce auxquels nous avons beaucoup de renseignements incidents sur l'institution. Et alors la personne ne deviendra pas un esclave, un *servus*, un *mancipium*, parce qu'un citoyen ne peut devenir esclave à Rome, mais elle entrera dans une condition analogue, *in mancipio*, *in mancipii causa*, *in servili condicione* [1].

La personne *in mancipio* reste citoyenne et libre, dit positivement Gaius [2], et par conséquent elle paraît bien garder ses droits politiques [3]. Son mariage paraît aussi subsister ; car ses enfants lui sont toujours rattachés par le lien de filiation qui n'existe pas hors du mariage. Mais l'individu *in mancipio* subit une *capitis deminutio minima* [4], qui le fait sortir présentement de la puissance paternelle et de la famille civile de son père pour passer sous une puissance de l'acquéreur, voisine de la puissance dominicale et probablement copiée sur elle de très près à l'époque ancienne. Comme l'esclave, il est incapable de s'obliger [5] ; comme lui, il peut être employé par son maître soit à des travaux matériels, soit à titre d'instrument juridique d'acquisition [6]. Ses enfants naissent, croyons-nous, *in causa mancipii*, comme ceux de la femme esclave naissent esclaves [7]. L'acquéreur peut, à son tour, l'aliéner comme un esclave, soit par mancipation, soit sans doute par *in jure cessio* [8]. Il le transmet sans doute dans sa succession testamentaire ou ab intestat et il doit pouvoir intenter relativement à lui la revendication et l'*actio furti*. Enfin il peut l'affranchir par les mêmes procédés qu'un esclave : par la vindicte, par le cens et par testament ; il le rendra par là *sui juris* [9] et il aura alors sur lui les droits de succession et de tutelle résultant du patronat [10]. Seulement, si l'affranchi est un fils, il ne deviendra *sui juris* et ne tombera sous le patronat qu'au cas où il aura déjà été auparavant trois fois donné *in mancipio* par son père [11]. Sans cela, il retombera sous la puissance du

1. *Servi loco habetur* : Gaius, 1, 138.
2. Gaius, 1, 162.
3. C'est d'ailleurs, malgré la contestation de Savigny, encore suivi par exemple par M. Karlowa, ce qui paraît résulter de certains textes, ainsi de *D.*, 4, 5, *De cap. min.*, 5, 2.
4. Gaius, 1, 162.
5. Gaius, 3, 104.
6. Il le rend propriétaire : Gaius, 2, 86. Il le rend créancier : Gaius, 3, 163.
7. Cela nous semble résulter de l'opinion de Labéon rapportée par Gaius, 1, 135, qui ne peut, croyons-nous, s'expliquer que comme un débris d'une doctrine ancienne plus radicalement logique.
8. Gaius, 1, 134, le dit positivement pour la mancipation, à propos de la *remancipatio patri*.
9. Gaius, 1, 138.
10. *Coll.*, 16, 9, 2.
11. XII Tables, 4, 2 : *Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto.*

père. Mais, sauf cette réserve posthume, il y a là une condition très voisine de l'esclavage et qui a pu avoir une assez grande importance à l'époque ancienne.

Dès l'époque classique, les cas se sont raréfiés et la différence avec l'esclavage s'est accentuée. Si le droit de manciper les enfants à titre onéreux existe toujours, le père les mancipe, en fait, surtout fictivement pour arriver à l'adoption ou à l'émancipation, ou sérieusement, pour réaliser un abandon noxal. Et précisément par suite de cela les conséquences rigoureuses de l'institution ont été atténuées. On admet la possibilité d'une action d'injures contre le maître qui a maltraité la personne *in mancipio* [1]; il semble bien que l'édit prétorien permettait à raison des dettes contractuelles de cette personne une poursuite contre le maître jusqu'à concurrence des acquisitions qu'il avait faites par son intermédiaire [2]; les enfants ne naissent plus *in mancipio* [3]; on n'applique à l'affranchissement de la personne *in mancipio* ni la loi Aelia Sentia, ni la loi Fufia Caninia [4]; enfin on lui permet dans certains cas d'exiger son affranchissement [5].

Sous Justinien, il n'est plus question de la *mancipii causa*. Il en supprima la dernière trace en abolissant l'abandon noxal des fils de famille.

VI. Colonat [6]. — Le colonat est inconnu avant l'Empire et Justinien n'en parle même pas aux Institutes, parce qu'il copie Gaius qui n'en disait rien. Mais c'est, sous l'Empire chrétien, une institution plus importante que toutes les précédentes et elle tient une place très large dans le Code Justinien et auparavant dans le Code Théodosien [7].

Le colon (*colonus*) est, comme veut dire le mot, un fermier, mais ce qui le rapproche de l'esclave, c'est que c'est un fermier héréditaire, atta-

1. Gaius, 1, 141. Si, comme l'admettent plusieurs, cette action est donnée à la personne *in mancipio* elle-même, c'est là une dérogation évidente au principe que la personne *in mancipio* rend le maître créancier (p. 133, n. 6).
2. Gaius, 4, 80.
3. Gaius, 1, 135.
4. Gaius, 1, 139.
5. Cela se présente certainement au temps de Papinien pour celui qui, après avoir été l'objet d'un abandon noxal, a indemnisé sa victime par son travail (*Coll.*, 2, 3, 1). Il est beaucoup plus difficile de savoir jusqu'à quel point les autres personnes *in mancipio* pouvaient auparavant obtenir leur libération malgré le maître au moment du cens, comme paraît le dire Gaius, 1, 140. En tout cas, il paraît bien certain que l'affranchissement n'avait pas alors lieu de plein droit à l'arrivée du cens, comme l'a d'abord soutenu de Ihering, *Esprit du Dr. r.*, 2, p. 179, mais devait être demandé par l'intéressé, comme le même auteur l'a admis dans ses dernières éditions, en tenant compte des observations de Schmidt.
6. Bibliographie jusqu'à 1876 dans Heisterbergk, *Entstehung des Kolonats*, 1876. Nous citerons surtout dans la littérature postérieure : Mommsen, *Hermes*, 15, 1880, pp. 385-411 (*Ges. Schr.*, 3, 1907, pp. 153-176) ; Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1885, pp. 3-145 ; Karlowa, *R. R. G.*, 1, pp. 918-929 ; Esmein, *Mélanges*, pp. 293-311 et *Cours élémentaire*, pp. 22-25. O. Seeck, dans Pauly-Wissowa, IV, 1, 1900, v° *Colonatus* ; Rostowsew, *Studien zur Geschichte der römischen Kolonats*, 1910.
7. *C. Th.*, 5, 9 et ss. *C.*, 11, 48 (47) et ss.

ché à perpétuité, lui et toute sa descendance, au sol qu'il cultive moyennant une redevance en argent ou en fruits. Il n'est pas précisément esclave d'un autre homme ; mais il est esclave de la terre [1]. Comme l'esclave, il est soumis au droit de correction du propriétaire, il ne peut en principe plaider contre lui, il peut être revendiqué, s'il déserte le fonds. Mais, à la différence de l'esclave, il n'est lié qu'à la terre. Par suite, il ne peut pas en être séparé, le maître ne peut aliéner ni la terre sans lui, ni lui sans la terre ; le maître ne peut modifier la condition de leur rapport, augmenter la redevance : c'est un des cas où il est permis par exception au colon de plaider contre lui ; le colon peut se marier, être propriétaire, créancier ; mais il n'a pas en règle le droit d'aliéner : son patrimoine est garant de l'impôt et de la redevance.

Cette condition résulte : 1° de la naissance ; dans le droit des novelles, il suffit que l'un ou l'autre des parents soit colon ; 2° d'une convention, quand un homme libre se fait par misère le colon d'un autre qui lui donne des terres ; 3° de dénonciation : on attribue à un maître comme colons les mendiants valides qu'il a dénoncés ; 4° de la prescription trentenaire. Les causes du colonat sont donc beaucoup plus larges que celles de l'esclavage. A l'inverse, les modes d'en sortir sont beaucoup plus rares. Il ne peut disparaître, ni par affranchissement, ni par prescription extinctive depuis Justinien ; il peut seulement s'éteindre par l'acquisition du fonds ou par l'arrivée à l'épiscopat.

La principale difficulté soulevée par le colonat se rapporte aux deux questions connexes et très obscures de sa date et de son origine historique. Le premier texte qui en parle tout à fait explicitement est une constitution de Constantin de l'an 322 [2], et son existence s'explique parfaitement à cette époque où l'État, pour assurer les divers services publics, tend à rendre héréditaires et forcées un certain nombre de fonctions, à l'exercice desquelles il a un intérêt direct ou indirect : ainsi celles des soldats qui gardent les frontières, dans un intérêt militaire ; celles des curiales, pour assurer la rentrée des impôts ; celles des boulangers de la capitale, par exemple, pour assurer les subsistances ; de même celles des colons, dans l'intérêt commun de l'impôt et des subsistances. Il est beaucoup plus délicat de dire quand et comment le colonat s'est introduit. Cependant des documents récemment découverts portent à admettre pour lui un développement sensiblement plus ancien, accompli d'abord, croyons-nous, dans les domaines impériaux [3].

---

1. *C.*, 11, 52 (51), *De col. Thrac.*, 1, 1 : *Licet condicione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius cui nati sunt aestimantur.*
2. *C. Th.*, 5, 17, *De fugit. colon.*, 1.
3. Parmi les doctrines qui reportaient la naissance du colonat jusque dans la période du Principat, la plus répandue jusqu'aux derniers temps la rattachait à l'établissement dans l'empire de colons barbares auxquels le prince concédait des

CHAPITRE III. — *STATUS FAMILIAE* [1].

La famille est un ensemble de personnes liées par la parenté. Mais la famille et la parenté peuvent prendre, suivant les milieux, des aspects très divers. La famille européenne moderne, basée sur la procréation monogame, où l'enfant né de la femme mariée est réputé issu des œuvres du mari et est pareillement rattaché aux parents de sa mère et aux parents de son père, diffère beaucoup de la famille patriarcale, basée sur la puissance paternelle, où l'enfant est le parent des parents de son père et ne l'est pas de ceux de sa mère, où il y a une parenté en ligne masculine et point de parenté en ligne féminine. Ces deux types familiaux, qui supposent l'un et l'autre un lien entre le père et l'enfant, diffèrent encore plus du système plus simple où la paternité est ignorée par le droit, non seulement lorsque l'instabilité des rapports des sexes empêche matériellement de la connaître, mais quand elle est en fait considérée comme notoire ; où l'enfant n'est lié qu'à sa mère et à la famille de sa mère ; où la parenté n'est reconnue qu'en ligne féminine et où le plus proche parent mâle de l'enfant est le frère de sa mère. Et on a signalé des régimes encore plus rudimentaires où le fait matériel et patent de la maternité est lui-même négligé, où les liens de famille ne se déterminent que par l'âge et où l'enfant est considéré comme le fils de tous les hommes et de toutes les femmes d'un groupe.

L'existence de ces diversités est incontestable [2]. En revanche, on dis-

terres et à qui il aurait appliqué ce régime déjà pratiqué par eux auparavant. Mais cette doctrine, qui permettait de faire remonter l'institution jusqu'au temps de Marc-Aurèle, se heurtait à deux objections. D'abord, quant aux personnes, la concession est faite là par le prince et non, comme dans le colonat récent, par des particuliers. Ensuite quant aux lieux, les concessions de terres ont été faites surtout au Nord et le colonat se rencontre surtout au Midi. Les documents nouveaux permettent de conjecturer une origine un peu différente pour laquelle on ne rencontre pas les mêmes discordances. Des inscriptions de la partie méridionale de l'empire montrent un régime voisin du colonat pratiqué dans les domaines impériaux non pas seulement en Afrique (v. les inscriptions rapportées *Textes*, pp. 199-201. 870-878), mais dans l'Orient grec (v. Rostowzew, *Beiträge zur alten Geschichte*, 1, 1902, pp. 295-299 ; cf. l'inscription *Textes*, pp. 207-208) et en Egypte (Wilcken, *Grundzüge*, pp. 314-326 ; cf. p. 275), où il venait probablement des anciens gouvernements locaux, ce qui écarte l'objection géographique ; quant à celle tirée du caractère du concédant, elle est au moins atténuée par les mêmes textes où l'on voit le prince remplacé par de gros fermiers auxquels il cède ses droits. Seulement cela laisse, nous semble-t-il, ouverte la question de savoir depuis quand le même rapport a pu être établi *de plano* entre deux particuliers.

1. V. outre les divers traités généraux, A. Rivier, *Précis du droit de famille romain*, 1891, et pour le régime des biens, Mandry, *Das Gemeine Familiengüterrecht*, 1, 1871.2, 1876.

2. Nous ne pouvons songer à donner ici des preuves qui sont dans tous les trai-

cute fort vivement leur interprétation. Les uns cherchent, soit en contestant la valeur et la généralité des témoignages, soit en invoquant les mœurs des animaux supérieurs, à réduire à la portée d'anomalies isolées ou de dégénérescences accidentelles les exemples de promiscuité entre les sexes et même de parenté en ligne féminine et ils représentent la famille patriarcale assise sur la paternité comme un mode originaire de groupement qui aurait été connu dès le principe par la plupart des hommes et notamment par la plupart des ancêtres des peuples civilisés d'aujourd'hui [1]. Suivant d'autres, la famille monogame basée sur la notion de paternité a été, chez tous les peuples, le produit d'un développement : il y a eu, chez toutes les races, même après que les rapports entre les deux sexes avaient acquis un certain caractère d'exclusivisme qu'ils n'ont pas toujours eu et sans lequel l'idée de paternité n'est même pas concevable, des phases plus archaïques où l'enfant, lié à la mère par le fait matériel de l'accouchement, ne l'était pas au père ; la notion plus compliquée, plus abstraite de paternité s'est formée seulement plus tard, probablement en partant de l'idée de pouvoir sur la mère, grâce à la transition fournie par l'assimilation de la puissance maritale à la puissance dominicale, par l'assimilation du droit du mari sur l'enfant de l'épouse au droit du maître sur l'enfant de la femme esclave [2].

Mais, quels qu'aient été ses antécédents, la famille romaine nous apparaît dès la fondation de la ville comme une famille rigoureusement constituée selon le type patriarcal, où la parenté basée sur l'idée de puissance n'existe que par les mâles, où l'enfant est étranger à la famille d'origine de sa mère et n'est parent de la mère elle-même que parce qu'elle a passé sous la puissance du père [3]. La famille romaine a

tés de sociologie et dans tous les ouvrages spéciaux. On trouvera un matériel très complet dans Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 1, 1894, pp. 15 160.

1. Nous citerons à ce point de vue l'ouvrage de Westermarck, *Origines du mariage dans l'espèce humaine*, 1re éd. en anglais. 1891, tr. fr., 1895, dont les objections sont d'ailleurs beaucoup plus détaillées contre l'hypothèse d'une promiscuité primitive absolue, pp. 52-129, que contre l'idée d'une famille purement maternelle, pp. 40-51. V. dans le même sens, S. Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, 1885, p. 255-310. Cf. Appleton, *R. gén.*, 1916, pp. 69 82. 154-172.

2. V. en ce sens, Esmein, sur Gide, *Condition privée de la femme*, 2e éd., 1885, pp. 30-34 et les auteurs cités. Nous renvoyons, pour la littérature postérieure, à l'ouvrage de Post, en faisant une mention spéciale des vestiges de famille maternelle et même d'un régime de promiscuité relevés chez les populations d'origine indo-européenne de la région du Caucase par Kovalewski, *Coutume contemporaine et loi primitive*, tr. fr., 1893, et *Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété*, Stockholm, 1890. V. encore sur la famille grecque des âges héroïques l'article de Bernhoeft, *Zeitschr. f. vergl. R. W.*, 11, 1895, pp. 321-364, et sur l'histoire générale du droit de famille européen, les articles du même, même revue, 8, 1889, pp. 1-27. 161-221. 384-405.

3. Du reste, peut-on remarquer, les formes du mariage romain, où se retrouvent les traces de la capture (*festivitas nuptiarum* païenne) et de l'achat de la femme (*coemptio*), et l'organisation de la famille romaine, qui a pour fondement

pour colonne maîtresse la *patria potestas*, la puissance reconnue sur les enfants par le droit civil au *paterfamilias* [1], et nous allons pouvoir en exposer tout le développement historique en étudiant les effets, les sources et les modes d'extinction de cette *patria potestas*.

SECTION I. — Effets de la *patria potestas*.

Le *paterfamilias* est au sens technique, par opposition aux *filiifamilias* et aux autres personnes *alieni juris*, soumises à l'autorité d'autrui, l'homme *sui juris* [2], qui n'est soumis à l'autorité de personne, le chef de maison, *is qui in domo dominium habet*. Il peut donc ne pas avoir d'enfants, être même un nouveau-né. Cela ne l'empêchera pas d'être chef de maison, *paterfamilias*, s'il n'est sous la puissance de personne. Il n'y aura pas de *patria potestas*, il y aura un *paterfamilias* [3].

Au contraire, il y aura une *patria potestas*, quand la femme du *paterfamilias* lui donnera des enfants, quand il en aura en vertu d'autres causes assimilées au mariage, telles que l'adoption et plus tard la légitimation. Il aura alors sur eux l'autorité absolue et presque proverbiale reconnue au *paterfamilias* romain sur sa postérité. Mais cet effet de la *patria potestas*, qui est le plus saillant, n'est pas le seul ni même le plus durable. Elle est en outre le fondement exclusif de la parenté civile qui unit les descendants non seulement à leur *paterfamilias*, mais à ses agnats et à sa *gens*.

une puissance à l'origine à peu près identique sur la femme, les enfants et les esclaves, se concilient très bien avec le système d'après lequel les premiers enfants en puissance de leur père auraient été ceux qu'il avait eus de captives prises ou achetées à l'étranger et qui lui appartenaient au même titre que les enfants de ses esclaves et le croît de ses troupeaux.

1. *Jus proprium civium Romanorum*, disent Gaius, 1, 55, et Justinien, *Inst.*, 1, 9, *De p. p.*, 2. La *patria potestas* romaine est une institution du droit civil, réservée aux citoyens, et non pas du droit des gens, accessible aux pérégrins. Mais les pérégrins pourraient parfaitement trouver dans leurs lois nationales une institution parallèle. Justinien et Gaius disent, à la vérité, le premier qu'il n'y a pas, le second qu'il n'y a presque pas d'autres peuples chez lesquels on rencontre quelque chose de pareil. Mais c'est là une erreur certaine. Gaius lui-même cite comme admettant une puissance semblable le droit des Galates. César, *Bell. Gall.*, 6, 19, cite celui des Gaulois. Plus largement ce pouvoir du père sur l'enfant est un phénomène dont on a des exemples chez les peuples les plus variés, aussi bien chez les Indiens du Nouveau-Monde et chez les habitants de la Chine que chez les anciens Hébreux et les Arabes d'aujourd'hui, qui ne fait notamment défaut dans à peu près aucune population pastorale et qui remonte probablement chez les Indo-Européens, comme la vie pastorale elle-même, à une époque antérieure à leur séparation (v. Dargun, *Mutterrecht und Vaterrecht*, 1, 1892, p. 91 et ss.).

2. Gaius, 1, 48. 49.

3. Ulpien, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 195, 2 : *Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat.* La *familia*, ce sont en première ligne les esclaves. Le mot *pater* lui-même exprime originairement moins l'idée de génération physique, pour laquelle le terme propre est *genitor*, que celle d'autorité, de pouvoir, de protection. V. Dargun, p. 100.

§ 1. — **Pouvoirs du *paterfamilias* sur les personnes *in patria potestate*** [1].

Le *paterfamilias* a sur les personnes *in patria potestate* une autorité absolue, qui ne peut à l'origine guère différer de l'autorité pareillement absolue qu'il a sur les autres personnes de sa maison, non seulement sur la femme, qui, dans la forme du mariage la plus ancienne, le mariage avec *manus*, est *loco filiae*, mais sur les personnes *in dominica potestate*, sur les esclaves, et sur les personnes *in mancipio* qui sont, avons-nous vu, assimilées aux esclaves. Ces quatre catégories de personnes *alieni juris* : personnes *in patria potestate*, *in dominica potestate*, *in manu*, *in mancipio*, personnes *in potestate*, *in manu*, *in mancipio*, comme les appelle une formule courante de la langue officielle [2], sont soumises à une puissance dont les variétés se sont différenciées et ont pris des noms distincts avec le temps, mais qui à l'origine était en droit la même pour toutes, et portait probablement pour toutes un nom identique (peut-être *manus* ?), précisément parce qu'elle avait pour toutes le même caractère unilatéral, mettant d'un côté tous les droits et de l'autre tous les devoirs, excluant par suite toute limitation autre que celles tirées des mœurs ou de la religion. De là résultent, tant au point de vue du droit des personnes qu'à celui du droit du patrimoine, des règles très analogues à celles que nous avons rencontrées en matière d'esclavage.

Quant à la personne, le *paterfamilias* peut réclamer les enfants en puissance, comme les esclaves, par l'action qui est la sanction du droit de propriété, par l'action en revendication, à laquelle on ajouta même plus tard des interdits spéciaux (interdits *de liberis exhibendis*, *ducendis*) [3]. — Il peut les exposer, c'est-à-dire les abandonner, s'il ne veut pas en garder la charge, comme il peut abandonner des esclaves, des animaux, des objets inanimés [4]. — Il peut, avons-nous vu (p. 132), les aliéner comme les esclaves ; s'il les aliène à Rome, ils tomberont seulement *in mancipio* ; mais cela ne porte aucunement atteinte à son droit d'aliéner : s'il y a une différence avec les esclaves, elle est en faveur de ces derniers, que l'affranchissement par l'acquéreur rendra libres, tandis que la personne *in mancipio* affranchie par son maître retombe *in pa-*

1. Cf. G. Cornil, *N. R. H.*, 1897, pp. 415-485. J. Willems, *Musée belge*, 3, 1899, pp. 214-235. 282-297.

2. Valerius Probus, Extraits alph., n° 28, *Textes*, p. 218. Loi de Salpensa, c. 22. Gaius, 1, 49.

3. Gaius, 1, 134 : *Vindicat apud praetorem filium suum esse*. Cf. Ulpien, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 1, 2. *D.*, 43, 30, *De lib. exhibendis item ducendis*.

4. La loi royale citée par Denys, 2, 15 (*Textes*, pp. 6-7) comme restreignant ce droit n'est qu'une disposition religieuse, sans sanction positive. L'usage de l'exposition des enfants nouveau-nés est commun aux Romains, aux Grecs, aux Germains et aux Hindous. V. Schrader, *Sprachvergleichung*, 2, p. 345 et ss. Sur son rapport avec la présentation de l'enfant au père, v. p. 170, n. 2.

tria potestate, jusqu'à ce que la puissance ait été épuisée par les mancipations successives des XII Tables, peut-être sans cette réserve avant les XII Tables. — Il peut frapper les personnes en puissance paternelle de tous les châtiments corporels, même de la mort (*jus vitae necisque*), en étant à la vérité plus nettement obligé que pour les esclaves de consulter un conseil de parents, mais sans être forcé de suivre ses avis [1]. — Enfin elles ne peuvent se marier sans son consentement, qui était sans doute même le seul pris en considération à l'origine, et, quand c'est une personne du sexe masculin qui se marie, c'est en vertu des règles générales qui régissent les acquisitions d'une personne en puissance, lui et non pas elle qui acquiert la puissance sur les enfants du mariage (*nepotes*, *neptes*), et, au cas de mariage avec *manus*, sur la femme elle-même qui, étant *loco filiae mariti*, est en face du père du mari *loco neptis*.

Quant aux biens, le fils de famille est peut-être théoriquement capable, à la différence de l'esclave, comme l'opinion dominante l'admet en reportant dans le passé les principes admis à l'époque classique. Mais, en pratique, les résultats de ses actes par rapport au père sont sensiblement les mêmes que ceux des actes de l'esclave. — Au point de vue actif, il a peut-être, à la différence de l'esclave, un pouvoir propre d'acquérir en son nom la propriété, les créances, les hérédités ; mais, en tout cas, ses acquisitions vont comme celles de l'esclave au *paterfamilias* [2]. En conséquence : 1° il est peut-être théoriquement capable d'ester en justice ; mais il ne peut pratiquement figurer comme demandeur dans les Actions de la loi où l'on ne peut plaider qu'en son nom propre ; car il lui est impossible de dire qu'il est propriétaire, créancier, puisque par son acte c'est le père qui l'est devenu [3] ; 2° si le père lui laisse un bien entre les mains, la propriété ne reste pas moins au père, absolument comme celle des biens laissés entre les mains de l'esclave. Ces biens constituent, comme ceux remis à l'esclave, un pécule (*peculium profecticium*, c'est-à-dire *a patre profectum*, disent les commentateurs) ; le père ne peut lui en faire passer la propriété, puisque les acquisitions du fils lui reviennent mécaniquement. — Au point de vue passif, on dit d'abord qu'il est comme l'esclave capable de s'obliger par ses délits, en ce sens qu'ils fonderont durant la puissance une action noxale contre le *paterfamilias* et au moins après la fin de la puissance une action directe contre lui ; nous savons déjà (p. 96) que cette solution, expliquée par l'idée de capacité à l'époque moderne, ne l'implique pas dans le principe. On dit en outre très généralement qu'il peut s'obliger par ses

1. *Coll.*, 4, 8, 1 : *Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem.* Denys, 2, 26. 27 (*Textes*, p. 6). Cf. Mommsen, *Droit pénal*, 2, 331 et ss.
2. Gaius, 2, 86. 87.
3. Gaius, 2, 96, en tire la conséquence en matière de revendication simulée, d'*in jure cessio*.

contrats : nous verrons que c'est fort douteux. — Mais, en tout cas, par rapport au père, le fils joue un rôle symétrique à celui de l'esclave : au point de vue actif, il acquiert pour lui ; au point de vue passif, il ne peut l'obliger, sauf la possibilité de l'action noxale, au moins jusqu'à l'époque où le préteur a admis pour tous deux les actions *adjecticiae qualitatis* (p. 143).

Enfin, par un dernier terme de ressemblance avec la puissance dominicale, cette puissance dure toute la vie du père. A la différence de la plus ancienne puissance familiale qui, fondée sur la force physique, disparaissait sans doute avec elle, quand le chef de famille vieillissait [1], à la différence de la puissance moderne qui, fondée sur l'intérêt de l'enfant, finit avec cet intérêt, à la majorité de l'enfant, la puissance paternelle romaine ne finit qu'à la mort du père. Non pas seulement quel que soit l'âge du père, mais quel que soit l'âge du fils, quels que soient sa condition sociale, son rang politique [2], il reste avec tous les siens *in potestate*. Il reste soumis au droit de vie et de mort, dont on a vu des pères user aux temps historiques contre des fils coupables de crimes politiques [3]. Il acquiert toujours pour le père. Cette puissance ne peut disparaître avant la mort du père sur aucun de ceux qui y sont soumis qu'à condition qu'ils soient en même temps exclus de la famille, comme le fils qui a été mancipé et affranchi trois fois et qui devient étranger à son ancienne famille en devenant *sui juris*, comme la fille mariée avec *manus* ou le fils donné en adoption, qui sort de la puissance et de la famille de son *paterfamilias* en entrant sous une nouvelle puissance et par conséquent dans une nouvelle famille.

Cette puissance paternelle, illimitée et viagère, de l'ancienne Rome n'a jamais vu sa durée restreinte. Mais son étendue a été bientôt limitée. L'unité d'existence et d'autorité qu'elle implique dans la famille peut convenir à un État petit et pauvre, à une population respectueuse de ses traditions, dépourvue d'esprit critique et d'esprit d'entreprise. Or, à Rome, ces conditions avaient disparu longtemps avant la fin de la République. Aussi voit-on, dans le dernier siècle de la République et surtout sous l'Empire, la puissance paternelle perdre son ancien caractère, les droits du père être limités par la reconnaissance de ceux du fils, aussi bien quant à la personne que quant aux biens.

Quant à la personne, le droit de punir du père a été énergiquement restreint sous l'Empire [4] ; dès le temps des Sévères, l'ancien droit de vie et

1. Cf. de Ihering, *Indo-Européens avant l'histoire*, pp. 49 et ss. 378 et ss.
2. Le fils de famille peut, sans sortir de puissance, être magistrat : Pomponius, *D.*, 1, 6, *De his qui sui juris*, 9.
3. Ainsi contre le complice de Catilina A. Fulvius, Salluste, *Cat.*, 39, 6. Val. Max., 5, 8, 5. Cf. Dion Cassius, 37, 36.
4. Trajan force un père qui avait maltraité son fils à l'émanciper : *D.*, 37, 12, *Si*

de mort est réduit à un droit d'infliger soi-même des corrections légères et de demander au magistrat l'application des peines plus graves, qui d'ailleurs dépasse encore sensiblement le droit moderne de correction paternelle [1]. Pour le droit de vendre les enfants, nous avons déjà dit (p. 134) comment l'usage de la mancipation des enfants s'est avec le temps raréfié jusqu'à disparaître ; seulement, par un de ces doublets qui ne sont pas plus rares dans l'histoire du droit que dans celle de la langue, on voit l'ancien droit du père de vendre l'enfant, disparu sous la forme ancienne de la mancipation, reparaître sous une forme nouvelle où il est d'ailleurs limité par les jurisconsultes classiques au cas d'extrême misère du père et par Constantin aux enfants nouveau-nés [2]. L'exposition des enfants nouveau-nés fut aussi prohibée, d'après les uns dès le temps des jurisconsultes classiques, d'après d'autres seulement vers l'Empire chrétien [3]. Enfin le caractère de réciprocité du rapport, sa transformation de rapport unilatéral en une combinaison de droits et de devoirs respectifs se montre plus ouvertement que dans tout le reste dans le droit reconnu à l'enfant de réclamer des aliments au père, de se plaindre de lui au magistrat *extra ordinem*, comme l'esclave et bien plus que l'esclave. Juridiquement elle n'est pas moins nettement exprimée dans le fait que la puissance paternelle, au lieu de pouvoir exclusivement donner lieu à un procès entre le père et un tiers, sous forme de *vindicatio filii*, d'interdit, ou encore désormais de procès extraordinaire [4], peut en motiver un entre le père et le fils sous forme d'action

a par. quis man., 5. Hadrien punit de la déportation un père qui avait tué son fils après avoir été offensé par lui : *D.*, 48,9, *De leg. Pomp.*, 5. Si, dit Ulpien, sous les Sévères, le fils mérite la mort, le père ne doit pas le tuer, mais le déférer au magistrat qui statuera : *D.*, 48, 8, *Ad leg. Corn. de sic.*, 2. Constantin décide que le père qui tue son enfant est coupable de *parricidium* : *C.*, 9, 17, *De his qui par.*, 1.

1. Chez nous, le magistrat ne peut prononcer qu'un bref emprisonnement, à Rome, il peut infliger toutes les peines ; chez nous le droit de correction existe seulement jusqu'à ce que l'enfant ait un certain âge, à Rome, quel que soit son âge, soit pour la *modica castigatio*, soit pour les peines prononcées par le magistrat.

2. Paul, *Sent.*, 5,1,1. Constantin, *C.*, 4, 43, *De patribus qui fil. distrax.*, 2. *F. V.*, 34. Paul spécifie que la mise en gage est défendue sous la peine de la déportation, Constantin que l'enfant pourra être racheté par la restitution du prix ou d'un esclave équivalent.

3. Un texte de Paul, *Sent.*, 2, 24, 10, affirme positivement la prohibition ; mais il n'est pas très probant parce qu'il nous a été transmis seulement par le Digeste, 25, 3, *De agnosc. lib.*, 4. La loi inobservée dont parle Tertullien, *Ad nat.*, 1, 15, est probablement la loi royale de Denys (p. 139, n. 4). Cf. Mommsen, *Droit pénal*, 2, pp. 332-334, où l'on trouvera aussi les textes relatifs au droit de tuer les nouveau-nés, dont le droit d'exposition est une conséquence. Le premier texte sûr, en sens contraire, est une constitution de Valentinien I[er] de l'an 374, *C.*, 9, 16, *Ad leg. Corn. de sic.*, 7 (8).

4. Ulpien, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 1, 2 : *Petuntur igitur aut praejudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria.* Le préteur qui intervient là par voie de *cognitio* est, d'après M. Pernice, non pas le préteur urbain, qui interviendrait là comme ailleurs par voie de délivrance d'action, mais le préteur extraordinaire *de liberalibus causis* signalé p. 105, n. 2, et p. 127, n. 3. Et il faut, croyons-nous, interpréter

préjudicielle ou de *cognitio extra ordinem*[1].

Quant aux biens, il n'est pas douteux qu'en droit classique le fils est, à la différence de l'esclave, capable de figurer en son nom propre dans les actes juridiques activement et passivement. Sa capacité de s'obliger est attestée, sinon pour la fille que son sexe frappe d'une incapacité de fait, au moins pour le fils, par des textes formels qui semblent même impliquer contre lui la possibilité de poursuites judiciaires durant la puissance[2]; ce qui fait que, dans le cas des actions *de peculio, quod jussu*, etc., admises du chef du fils dans les mêmes circonstances que du chef de l'esclave (p. 98), le tiers a deux débiteurs : le fils, qu'il peut poursuivre par l'action directe du contrat, et le père, qu'il peut poursuivre par la même action donnée, dit-on, comme action *adjecticiae qualitatis*. La capacité d'acquérir, de devenir créancier n'est pas moins certaine. Elle est à la vérité masquée d'ordinaire par le passage du droit de propriété, du droit de créance sur la tête du père. Mais précisément on a admis depuis l'Empire que certaines acquisitions resteraient sur la tête du fils. Nous énumérons les dérogations principales.

1. *Peculium castrense*[3]. Le premier pas dans la voie nouvelle a été fait par Auguste, peut-être par César, en faveur du fils de famille militaire. On a fait une situation à part à une portion des biens de l'ancien pécule, à ceux que le fils a acquis à raison de sa qualité de soldat[4]. Ces biens sont soustraits au pouvoir du père, soumis à celui du fils. Non seulement le père ne peut pas les lui retirer, non seulement il les prélève au décès du père sur la masse héréditaire, mais il peut du vivant du père en disposer à son gré, il est sur eux *vice patris familias*; il peut même en disposer par testament, pendant qu'il est au service, jusqu'à Hadrien, pendant ou après, depuis Hadrien[5]. Cependant ils constituent toujours un pécule. Si le fils meurt sans testament avant le père, celui-ci ne les prendra pas, jusqu'à Justinien, *jure hereditario*, mais *jure peculii*[6].

2. *Peculium quasi castrense*. La faveur faite par le Haut-Empire à l'armée fut étendue par le Bas-Empire aux fonctionnaires et au clergé chrétien. A partir de Constantin, on a progressivement assimilé aux biens acquis dans le service militaire par les fils de famille ceux acquis

de même deux textes similaires que M. Pernice n'a pas cités (Paul, *D.*, 23, 3, *De probat.*, 8 ; Lenel, 1244 ; Ulpien, *D.*, 43, 30, *De lib. exhib.*, 3, 3).

1. Dioclétien, *C.*, 8, 46 (47), *De p. p.*, 9. V. pour le *praejudicium*, Karlowa, 2, pp. 1105-1108 (*praejudicium an filius sit* fusionné par Justinien avec la poursuite *de partu agnoscendo* du sénatus-consulte Plancien, p. 167, n. 4) et pour la *cognitio extra ordinem* la p. 142, n. 4.

2. Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 39 : *Filius familias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.*

3. *D.*, 49, 17, *De castr. pec.* Cf. Fitting, *Das castrense Peculium*, 1871.

4. Macer, *D.*, *h. t.*, 11.

5. *Inst.*, 2, 12, *Quibus non est perm.*, *pr.*

6. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2.

par eux dans les fonctions de la cour, de l'État et de l'Église, sous le nom de *peculium quasi castrense* [1].

3. *Bona adventicia*. L'enfant en puissance acquérait toujours à son père les hérédités auxquelles il était appelé. Cela sembla particulièrement choquant pour un cas qui ne se présentait pas dans l'ancien droit, pour la succession de la mère, qui, par suite de la disparition de la *manus*, ne changeait plus de famille en se mariant, et de qui, depuis un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle, le sénatus-consulte Orfitien, les enfants étaient les héritiers légitimes. Cette hérédité acquise par les enfants allait s'engloutir dans le patrimoine du père, pouvait être dissipée par lui, appartenait, quand il ne la dissipait pas, à tous ses héritiers, même aux enfants d'un autre lit. Constantin décida le premier que cette succession resterait la propriété des enfants, que le père en aurait seulement, sa vie durant, l'administration et la jouissance [2].

Constantin ne fit la réforme que pour la succession de la mère ; mais, l'impulsion une fois donnée, le mouvement se continua sous les empereurs suivants. Ils ajoutèrent d'abord aux *bona materna*, les *bona materni generis* [3], puis les biens que l'enfant avait reçus de son conjoint, de son fiancé [4]. Justinien acheva la réforme. Tandis que jusqu'à lui on avait procédé par exceptions à l'ancien principe d'acquisition au père, il renversa la présomption en disant que toutes les acquisitions resteraient à l'enfant sauf exception [5]. L'incapacité du fils d'acquérir pour lui-même ne subsiste que pour les acquisitions faites *ex re patris*, moyennant un équivalent fourni par le père, pour celles faites *contemplatione patris*, d'un tiers qui veut gratifier le père, et enfin pour les donations que le père voudrait lui faire et qui, par suite de l'impossibilité d'actes juridiques valables entre eux, resteront toujours des actes de pur fait, révocables jusqu'à sa mort [6]. Les autres biens constituent ce qu'on appelle souvent le pécule adventice, ce qu'il vaut mieux appeler les biens adventices, parce qu'à la différence non seulement du pécule profectice, mais du pécule castrens et du pécule quasi-castrens, il ne peuvent jamais retourner au père *jure peculii* [7]. Ils font, au décès de l'enfant qui ne peut tester sur eux, l'objet d'une véritable succession ab intestat

1. V. par ex. *C.*, 12, 30 (31), *De castr. omn. palat. peculio.*
2. *C.*, 6, 60, *De bon. mat.*, 1.
3. *C.*, 6, 60, *De bonis maternis et materni generis.*
4. *C.*, 6, 61, *De bon. quae lib.*, 1 ; 5.
5. *C.*, 6, 61, *De bon. quae lib.*, 6, résumée, *Inst.*, 2, 9, *Per quas pers.*, 1.
6. V. pour le droit antérieur à Justinien, *F. V.*, 294 ; pour le droit de Justinien, *C.*, 5, 16, *De don. int. vir. et ux.*, 25. Avant lui, ces libéralités devaient être ratifiées par un legs ; sans cela, elles constituaient un pécule profectice compris dans la succession du père ; depuis lui, à défaut de révocation expresse, elles seront, à la mort du père, confirmées tacitement et rétroactivement.
7. *C.*, 6, 61, *De bon. quae lib.*, 3, *pr.* : *Ad liberos eorum eaedem res jure hereditatis, non ad patres jure peculii transmittantur.*

dès avant Justinien ; ils constituent donc pour l'enfant non pas un pécule, mais un patrimoine, malgré la charge de l'administration et de la jouissance du père, qui peut d'ailleurs disparaître de son vivant dans certains cas [1], qui disparaît toujours à sa mort.

Ce sont là les trois principales dérogations au principe que la personne en puissance acquiert pour le père et du même coup les principales restrictions aux droits patrimoniaux résultant de la *patria potestas*. Nous notons seulement qu'on peut encore en relever quelques autres[2]. Nous noterons en outre une modification non moins certaine au principe ancien d'après lequel le fils, ne pouvant être ni créancier ni propriétaire, ne pouvait ester en justice. Cela ne s'applique pas naturellement aux droits compris dans les pécules castrens et quasi-castrens, ni même dans les biens adventices quand l'enfant en a l'administration. Cela n'empêche pas non plus, avons-nous dit, l'enfant de saisir *extra ordinem* le magistrat de ses plaintes contre son père. Mais en outre on est arrivé à lui permettre d'intenter, dans la procédure ordinaire, certaines actions nées dans sa personne et que le père est hors d'état d'exercer, particulièrement l'action d'injures pour laquelle il y a une disposition expresse de l'édit du préteur [3]. C'est en revanche par une fausse interprétation qu'on étend parfois la même règle à toutes les actions dont la formule est rédigée *in factum* [4].

1. Renonciation du père, disposition expresse de l'auteur de la libéralité, mauvaise gestion du père, etc. (Nov. 117, c. 1).
2. Droit de la fille mariée sur son action en restitution de dot ; *querela inofficiosi testamenti* ; droit des enfants en puissance sur les biens compris dans un fidéicommis de famille. Le premier de ces droits est une restriction à l'incapacité d'acquérir, les trois en sont aux pouvoirs du père.
3. *D.*, 47, 10, *De injuriis*, 17, 10 (*Textes*, p. 159, XXXV, n° 196).
4. Le droit d'agir *proprio nomine* à défaut du père empêché a été reconnu au fils, à l'imitation de l'action d'injures, pour quelques autres droits nés de son chef, pour l'interdit *quod vi aut clam* par Sabinus (*D.*, 43, 24, *Quod vi aut clam*, 19), pour les actions de dépôt et de commodat par Julien (*D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 9), pour un ou deux autres cas par Ulpien (*D.*, 2, 4, *De in jus voc.*, 12, pour l'action donnée contre l'affranchi coupable de citation téméraire ; cf. aussi *D.*, 5, 2, *De inoff. test.*, 8, *pr.*, où il lui donne, dans des conditions d'ailleurs assez différentes, la *querela inofficiosi testamenti*). Mais nous ne croyons pas qu'on soit jamais arrivé à permettre au fils d'intenter ainsi toutes les actions *in factum*, encore moins toutes les actions nées de son chef à condition de prendre une formule *in factum* (Accarias, *Précis*, 2, p. 793). Le texte sur lequel on s'appuie principalement dans ce sens, Ulpien, *D.*, 44,7, *De O. et A.*, 13 : *In factum actiones etiam filii familias possunt exercere*, ne dit pas que toutes les actions *in factum* soient données au fils, mais que le fils peut intenter des actions *in factum* et il vise probablement les actions de dépôt et de commodat, où la formule *in jus* ne pourrait être rédigée qu'au nom du père devenu créancier par le fils. Un autre texte d'Ulpien invoqué dans le même sens, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 18, 1, se rapporte à une toute autre chose qui a d'ailleurs beaucoup obscurci la question, au droit du fils d'agir à défaut du père pour les créances nées de son chef, non plus *proprio nomine*, mais *nomine patris* (*D.*, 3, 3 *De proc.*, 35, *pr.*), car, en donnant au fils les actions *furti*, de la loi Aquilia, de *mutuum*, de mandat, de dépôt, il invoque pour les deux premières l'autorité de Julien qui, d'après *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 9 (*Filius familias*

§ 2. — **La parenté civile**: *heredes sui, agnati, gentiles.* — **La cognation.**

Le vieux droit romain ne reconnaît pas seulement la paternité comme la source du pouvoir du père de l'enfant. Il en fait le fondement exclusif de la parenté [1]. La famille romaine est, de son cercle le plus étroit à son cercle le plus large, exclusivement assise sur l'unité de puissance domestique, sur une puissance actuelle dans le cercle de la *domus*, sur une puissance passée dans le cercle de l'agnation, et encore sur une puissance passée, tout au moins présumée, dans le cercle de la *gens*.

1. Le cercle le plus étroit est celui que nous avons déjà étudié en nous occupant des pouvoirs du père sur l'enfant : celui de la *domus*. La famille au sens le plus restreint se compose du *paterfamilias* et des personnes qu'il a sous sa puissance maritale et paternelle, fils, fille, femme *in manu*, qui est *loco filiae*, *nepotes*, *neptes*, femme *in manu* du fils qui est *loco neptis*, et ainsi de suite [2]. Elle comprend même encore, au sens primitif du mot, les personnes en puissance dominicale et *in mancipio* et nous avons vu qu'il n'y a pas anciennement grande différence dans la condition légale des unes et des autres, tant que vit le chef de famille. Mais la différence surgit quand le cercle se rompt par sa mort. Les esclaves, les personnes *in mancipio* ne font que changer de maître, et il en est à peu près de même d'ailleurs des autres personnes *alieni juris* qui trouvent alors dans la famille une autorité de nature à remplacer sur elles la puissance du chef disparu : des petits-enfants nés de fils en puissance, des femmes de fils en puissance. Mais ceux dont la capacité n'était stérilisée que par le pouvoir du *paterfamilias*, les fils, les filles, la femme *in manu*, les enfants et les femmes de fils prédécédés voient cette capacité sortir son plein effet. La *domus* unique est remplacée par autant de *domus* nouvelles qu'il y a de personnes rendues *sui juris* par le décès du père, appelées par ce décès à exercer des droits qu'on considérait du reste comme leur appartenant virtuellement auparavant [3], mais qui jusqu'alors étaient neutralisés par la suprématie du

suo nomine nullam actionem habet nisi...) ne pouvait pas les lui donner *suo nomine*, mais seulement *nomine patris*. Ulpien peut d'ailleurs ne pas avoir eu une notion très nette de la question ; car il donne là comme action utile *nomine patris*, l'action de dépôt que Julien donnait *nomine filii*, et l'action du *mutuum*, qu'ailleurs il semble recommander avec Cervidius Scaevola d'intenter *extra ordinem* (*D.*, 12, 1, *De R. C.*, 17). V. sur la question, Mandry, *Gemeine Familiengüterrecht*, 1, 1871, p. 201 et ss. Buhl, *Salvius Julianus*, 1, p. 285 et ss. Cf. Pernice, *Labeo*, 1, p. 161 et ss.

1. On pourrait croire que l'idée de parenté par les mâles et de régime patriarcal résulte inséparablement de celles de puissance paternelle et de paternité. Mais voir à ce sujet les curieuses observations de Dargun, *Mutterrecht und Vaterrecht*, 1, 1892.

2. Ulpien, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 195, 2 : *Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes neptes et deinceps.*

3. Paul, *D.*, 28, 2, *De lib. et post.*, 11.

chef de famille. Ces personnes sont les *heredes sui*. Les fils prennent leur part du patrimoine commun et acquièrent à leur tour la puissance sur leurs descendants et sur leurs femmes *in manu*. Les filles et les femmes, qui ne peuvent avoir personne en leur puissance [1], reçoivent au moins leur part des biens.

2. Ce morcellement ne rompt pas toute espèce de liens entre ceux qui ont été sous la même puissance. Le lien subsiste pour maintenir une parenté entre ceux qui ont été soumis à la puissance et même ceux qui n'y ont pas été soumis, mais qui y auraient été soumis sans la mort [2]. Tous ceux qui auraient été sous la puissance du *paterfamilias* s'il avait vécu indéfiniment restent unis par une parenté civile, l'*agnation* (*adgnatio*, *agnatio*), qui produit des effets religieux, qui surtout a pour effet civil de créer des droits de succession et de tutelle. La succession ab intestat des agnats qui meurent sans héritier sien, comme font toujours les impubères et les femmes, ira à l'agnat le plus proche. L'agnat le plus proche aura la tutelle des agnats tenus pour incapables de gérer leurs propres affaires, comme sont les enfants mâles jusqu'à la puberté, comme sont pendant toute leur vie les personnes du sexe féminin, qui ne deviennent donc *sui juris* que pour tomber sous la tutelle de leurs agnats les plus proches, de leurs frères pour les filles, de leurs fils pour les femmes *in manu*, réputées les filles de leurs maris et par conséquent les sœurs de leurs fils.

Dans cette parenté qui, étant basée sur la puissance, ne peut s'appliquer ni aux descendants par les filles [3], ni aux descendantes sorties de la famille par un mariage avec *manus*, ni plus largement aux descendants qui en sont sortis par une cause quelconque (*capitis deminutio*), dans laquelle sont seulement compris les descendants par les mâles qui n'ont pas subi de *capitis deminutio*, la proximité de la parenté se calcule par le nombre des degrés (*gradus*), en supposant un escalier remontant à l'auteur commun où chaque marche est occupée par une génération. Le nombre des degrés est celui des marches qu'il y a à monter d'une personne à une autre, pour la parenté en ligne directe, pour les personnes qui descendent l'une de l'autre ; pour l'agnation, parenté en ligne collatérale entre gens qui descendent d'un auteur commun, on l'obtient en totalisant les degrés qu'il faut monter de chacun à l'auteur commun, en comptant à la fois les marches qui vont de

1. Ulpien, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 195, 5 : *Mulier autem familiae suae et caput et finis est.*

2. Ulpien, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 195, 2 : *Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum : nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur qui ex eadem domo et gente proditi sunt.* Cf. P. Moriaud, *De la simple famille paternelle en droit romain*, Genève, 1910.

3. On est l'agnat du frère de son père, mais non du frère de sa mère. V. p. 149, n. 4.

la première personne à l'auteur commun et celles qui descendent de cet auteur à la seconde [1].

A chaque génération, le nombre des degrés augmente, la parenté s'éloigne, le cercle s'élargit ; mais il ne se rompt pas. L'agnation ne disparaît à aucun chiffre de degrés précis. Seulement il doit forcément arriver un moment où les filiations ne peuvent plus se suivre, où les généalogies ne peuvent plus s'établir, où le lien de parenté ne s'exprime plus guère que dans la communauté du nom et du culte domestique. A ce moment, la parenté ne disparaît pas encore, à notre sens ; mais elle change de nom. On n'est plus agnat, mais on est gentil.

3. La *gens*, dont le caractère est controversé, est en effet, à notre avis, un ensemble de personnes portant le même nom (*gentilicium*) qui, sans pouvoir prouver leur parenté, se considèrent comme descendant d'un auteur commun et sont en conséquence liées par une certaine communauté religieuse en même temps qu'appelées à défaut d'agnats à des droits de succession et de tutelle réciproques. C'est la doctrine qui nous paraît le mieux d'accord : 1° avec les enseignements du droit comparé, qui montre chez des groupes de race voisine des institutions symétriques telles que le γενος grec, le clan celtique, la communauté de famille indienne, l'association familiale des Slaves du Sud, etc. ; 2° avec les faits concrets, le caractère privé familial, des droits de gentilité, la communauté de nom, le sens étymologique du mot *gens* appartenant à une famille de termes qui visent l'idée de procréation ; 3° avec les témoignages des jurisconsultes, non seulement avec celui d'Ulpien, qui appelle la *gens* une *familia*, mais avec la définition qui, le passage de Gaius manquant dans le manuscrit de Vérone, est notre principal texte, avec la définition de Q. Mucius Scaevola rapportée par Cicéron [2], selon laquelle les *gentiles* sont des gens portant le même nom, descendants d'ingénus sans aucune origine servile (comme étaient les premiers citoyens, les patriciens, auxquels l'institution est toujours restée un peu restreinte) [3] et enfin n'ayant pas été séparés de la famille par une *capitis*

1. Le père et le fils sont parents au 1er degré, le grand-père et le petit-fils au second degré ; le frère et la sœur au second (1 + 1), l'oncle et le neveu au 3e (1 + 2), les enfants de frère et sœur au 4e (2 + 2) et ainsi de suite.

2. Ulpien, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 195, 4 : *Item appellatur familia plurium personarum quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur* (*sicuti dicimus familiam Juliam*), *quasi ex fonte quodam memoriae*. Cicéron, *Top.*, 6, 29 : *Gentiles sunt inter se, qui eodem nomine sunt... qui ab ingenuis oriundi sunt... quorum majorum nemo servitutem servivit... qui capite non sunt deminuti*. Cf. Festus, v° *Gentilis* (Bruns, *Fontes*, 2, p. 10). V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 8-30.

3. Les affranchis se rattachaient à la *gens* de leur patron, sans former de *gentes* propres. Ils n'étaient donc pas *gentiles* au point de vue actif, tout en ayant passivement pour *gentiles* appelés à leur succession ab intestat et à leur tutelle les membres de la *gens* patronale. C'est à raison de cette condition que l'existence de véritables *gentes* n'a été admise pour les plébéiens qu'avec des hésitations,

deminutio [1]. Ce système de la famille basée sur la puissance perdit à Rome son dernier terme par la désuétude des droits de gentilité, dès le IIe siècle de l'Empire [2]. Au contraire, ceux formés par l'agnation et la puissance paternelle ne furent écartés que par Justinien, qui mit à la place, comme base de la parenté et des droits qu'elle peut fonder, le lien du sang. Mais il y avait alors déjà bien des siècles que le système de la parenté civile, de l'*adgnatio*, était battu en brèche par celui de la parenté du sang, de la *cognatio* dont la réforme de Justinien achève seulement le triomphe. Les cognats sont les parents par le sang, sans distinction de ligne ni considération de puissance. On regarde comme y étant compris tous les agnats [3], mais on y comprend aussi tous les parents par le sang qui ne sont pas des agnats, c'est-à-dire les descendants par les mâles qui ont fait l'objet d'une *capitis deminutio*, et les descendants par les femmes [4]. Or cette parenté naturelle [5], dont les degrés se comptent exactement comme ceux de la parenté civile, a, tout au moins quand elle se maintient à un chiffre de degrés suffisamment proche, été progressive-

d'une manière un peu irrégulière que laissent apercevoir les textes. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 72. 82-83.

1. Les autres systèmes principaux sont : 1° celui de Niebuhr selon lequel la *gens* serait une subdivision politique de la curie, formée de 10 familles, comme la curie de 10 *gentes* et la tribu de 10 curies. Mais ce système est basé sur un texte mal compris de Denys, 2, 7 (cf. Mommsen, 6, 1, p. 216, n. 1) ; en outre et surtout il suppose une symétrie inconciliable avec le jeu des naissances et des décès qui fera perpétuellement varier le nombre des familles de chaque *gens* et même le nombre des *gentes* ; 2° un autre, d'après lequel les *gentiles* seraient les agnats à partir d'un certain degré ; mais alors Gaius, 3, 17 (n. 2), ne pourrait pas dire les droits de gentilité en désuétude ; 3° un autre système longtemps en vogue parmi les romanistes français (Ortolan, 3, pp. 30-43, encore admis par Petit, 7e éd., 1913, p. 91-94) selon lequel les gentils seraient les membres de la famille du *manumissor* par rapport à ceux de la famille du *manumissus*. Il y a là en effet un lien de gentilité ; mais ce n'est qu'un côté de la gentilité. Elle existe passivement à la charge de la famille de l'affranchi au profit de la famille de l'auteur de l'affranchissement, et cela a même provoqué des conflits, quand les plébéiens ont plus ou moins légalement essayé de se constituer en *gentes*. Un exemple concernant les Claudii et leur droit de succession gentilice en face de la *stirps* plébéienne des Marcelli, est cité par Cicéron, *De orat.*, 1, 39, 176, comme ayant donné lieu à procès dans le dernier siècle de la République. Mais la gentilité existe, avant tout, activement et passivement, entre les membres complets des *gentes* patriciennes et, en tant que l'usurpation a été admise, des *gentes* plébéiennes réciproquement appelés à la succession et à la tutelle les uns des autres.

2. Gaius, 3, 17 : *Cum illic admonuerimus totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse.*

3. Ulpien, *D.*, 38, 10, *De grad.*, 10, 4 : *Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem ; nam qui est adgnatus, et cognatus est.*

4. Modestin, *D.*, 38, 7, *Unde leg.*, 5, *pr.* : *Verbi gratia patris frater, id est patruus, et adgnatus est et cognatus ; matris autem frater, id est avunculus, cognatus est, adgnatus non est.*

5. La *cognatio* elle-même présente à vrai dire un caractère artificiel à deux points de vue opposés : on la considère comme existant avec tous les agnats, même non parents par le sang ; on ne la considère comme existant avec les parents par le sang en ligne masculine qu'autant que la paternité est une paternité en mariage légitime.

ment reconnue comme pouvant donner des droits qui ne résultaient anciennement que de la qualité d'agnat ou même d'héritier sien. Il est malaisé de dire à quel moment historique remonte la première reconnaissance de cette parenté dont pendant longtemps l'action ne se révéla guère qu'à des empêchements au mariage [1]. Mais le mouvement qui tendait à lui étendre les effets de la parenté civile était déjà fortement commencé à la fin de la République et il n'a cessé de s'accentuer sous l'Empire pour arriver sous Justinien à une conclusion qui n'est pas en réalité moins importante pour l'histoire générale du droit que la restriction de la puissance paternelle étudiée dans notre précédent paragraphe.

SECTION II. — Sources de la *patria potestas*.

La source la plus ordinaire de la *patria potestas*, celle qui se rattache le mieux à la fois à l'idée ancienne selon laquelle le droit du père sur l'enfant vient de son droit sur la mère et à l'idée moderne selon laquelle il vient de la génération est la procréation en mariage légitime. Mais ce n'est pas la seule. La *patria potestas* peut être acquise artificiellement sur un étranger par une adoption, que l'on distingue en adoption proprement dite et en adrogation, selon qu'elle porte sur un *alieni juris* ou un *sui juris*. Enfin elle peut être établie après coup, sur des descendants qui n'ont pas été procréés en mariage légitime, par certains événements dont le plus important est la légitimation des enfants du concubinat. Nous étudierons donc ici le mariage, l'adoption et la légitimation.

§ 1. — La *manus* et le mariage [2].

Le mariage (*justae nuptiae, matrimonium legitimum*) [3] se distingue, à l'époque des jurisconsultes classiques et longtemps avant elle, de la *manus*. Il peut être alors soit un mariage avec *manus*, où la femme passe en qualité de fille (*loco filiae*) dans la famille du mari, soit un mariage

1. C'est un point controversé de savoir si la cognation était déjà connue des Indo-Européens avant leur séparation. L'absence dans les différentes langues de mots communs pour désigner les liens qui en résultent semble impliquer le contraire (Schrader, 2, p. 317) ; mais cette conclusion est combattue, en sens opposé, soit par des auteurs qui admettent que les ancêtres communs étaient déjà arrivés à la notion de la famille en ligne masculine et féminine (Leist, *Gräco-Italische Rechtsgeschichte*, 1884), soit par d'autres qui pensent que, tout en connaissant déjà la notion de paternité, ils vivaient pour le surplus sous le régime de la famille maternelle (Dargun, p. 91 et ss.).

2. Esmein, *Mélanges*, pp. 1-36. Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, pp. 151-190. A. Rossbach, *Untersuchungen über die römische Ehe*, 1853.

3. Les textes en donnent deux définitions principales correspondant sans doute à deux phases historiques. Modestin, *D.*, 23, 2, *De rit. nupt.*, 1 : *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*. *Inst.*, 1, 9, *De p. p.*, 1 : *Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens.*

sans *manus*, où elle reste dans sa famille d'origine. Et sous Justinien il n'y a plus, depuis assez longtemps, que des mariages sans *manus*. Mais, plus on remonte dans le passé, plus on voit se rapprocher les idées de mariage et de *manus*, et elles devaient se confondre à l'origine du droit romain [1], car, dans la famille basée sur la puissance, la femme ne pouvait être liée au mari et surtout les enfants nés d'elle ne pouvaient être liés au père que par l'établissement de la *manus*, par la *conventio in manum* qui donnait au mari sur la femme une puissance première, germe de sa puissance seconde sur les enfants [2]. Cela n'a pu changer que plus tard, quand les esprits, accoutumés à la coïncidence habituelle de la puissance et de la paternité, ont eu oublié que la puissance sur l'enfant venait de la puissance sur la mère et l'ont considérée comme dérivant de la probabilité de paternité produite par la vie conjugale. Alors, à une époque discutée, selon les uns, dès le temps des XII Tables [3], en tout cas dès le temps d'Ennius et de Caton l'Ancien, donc avant la fin du VI[e] siècle [4], on a admis que les enfants pouvaient être liés au père,

1. On peut relever comme vestiges de ce régime : le dernier terme de la définition de Modestin (p. 150, n. 3), qui est faux dans le mariage sans *manus*, où il n'y a de communauté ni de culte ni de biens, et qui doit avoir été inséré, à une époque où il était vrai, dans une définition où il a été conservé par routine après être devenu faux ; l'usage d'après lequel le nom de *materfamilias*, plus tard donné logiquement à toutes les femmes mariées (*D.*, 50, 16, *De V. S.*, 46, 1), était encore réservé du temps de Cicéron à la femme *in manu* (Cicéron, *Top.*, 3, 14), par une survivance évidente du temps où la *manus* seule faisait le mariage ; enfin les descriptions concordantes des institutions de l'époque légendaire où le mariage créé par Romulus, réglé par les *leges regiae*, est toujours supposé un mariage avec *manus* entraînant communauté de biens et de culte (Denys, 2, 25 : *Textes*, p. 5 ; 2, 27 : *Textes*, p. 7), mettant la femme sous la juridiction domestique du mari (Denys, 2, 25 : *Textes*, p. 6), donnant le droit de divorcer au mari et non à la femme (Plutarque, *Rom.*, 22 : *Textes*, p. 6) : ces fables ne sont pas des témoignages historiques ; mais elles sont la preuve que pour leurs inventeurs il n'y avait anciennement d'autre mode d'union conjugale que la *manus*.

2. C'est l'opinion qui paraît tendre à prévaloir. V. pourtant, en sens contraire, Cuq, *Institutions*, 1, p. 58, n. 2.

3. On s'appuie d'ordinaire surtout sur la disposition relative à l'*usus* (p. 154). La femme tombe *in manum* au bout de l'année, s'il n'y a pas *usurpatio trinoctii*, dit-on : elle est donc mariée sans être *in manu* auparavant. Mais on pourrait aussi bien admettre une disposition ayant pour but de transformer au bout d'un certain délai les unions irrégulières en mariages et il ne serait pas impossible d'invoquer en ce sens l'analogie d'autres législations archaïques (ancienne loi du Jutland, Dareste, *Etudes*, p. 309). Un argument d'apparence plus sérieuse pourrait être tiré d'un texte de Cicéron, *Philipp.*, 2, 28, 69 (*Textes*, p. 14, *Tab.* 4, 3) qui parle d'une répudiation faite *ex XII Tabulis* et qui, s'il prouvait que les XII Tables ont réglé une répudiation sans formes, prouverait du même coup, à notre avis, qu'elles connaissaient un mariage sans formes. Mais l'acte (la reprise des clefs) auquel le texte fait allusion peut avoir figuré dans la rupture de la *manus* acquise *farreo*. — M. Bernhoeft, *Z. f. vergl. R. W.*, 8, 1889, pp. 10. 198 ; 10, 1891, p. 300, suppose que la réforme aurait été faite par la loi Canuleia de 309.

4. La femme est supposée avoir des biens propres, dans le discours de Caton sur la loi Voconia de 585 (Aulu-Gelle, 17, 6, 1), être restée malgré le mariage sous

qu'il pouvait y avoir mariage, sans que la femme fût passée sous l'autorité du mari, et depuis, le mariage nouveau n'a cessé de gagner en fréquence jusqu'à la disparition totale de la *manus*. C'est un nouvel aspect de la transformation de la famille. Le pouvoir du chef de famille a été restreint sur la femme comme sur les esclaves, comme sur les enfants, comme sur les personnes *in mancipio*. Mais la restriction des pouvoirs du mari résultant de l'admission du mariage simple a été la plus ancienne. Elle a été la première brèche au vieil édifice patriarcal. Nous allons simultanément étudier les deux formes de mariage en prenant leurs conditions de forme, leurs conditions de fond, leurs modes de dissolution et leurs effets.

I. Formation du mariage. Fiançailles. *Conventio in manum*. Mariage sans *manus*. — La première question que soulève le mariage est celle de son mode de formation. Mais d'après les usages romains, le mariage ne s'improvisera pas d'ordinaire sans arrangements préalables. Il sera habituellement précédé de fiançailles, de promesses de mariage (*sponsalia*) [1]. Ces fiançailles conclues entre les futurs conjoints et leurs parents [2] se faisaient anciennement par voie de contrats verbaux et elles ont peut-être fondé une action en dommages-intérêts pour inexécution dans le vieux droit romain, comme elles l'ont certainement fait en droit latin jusqu'à la concession de la cité aux habitants du Latium [3]. Plus tard, elles sont faites indifféremment par voie de contrat verbal ou de simple convention et c'est un principe que chaque partie peut librement s'en dégager nonobstant toute clause contraire [4]. Toutefois on admet que leur violation injustifiée peut entraîner des déchéances accessoires et même, à l'époque récente, des peines pécuniaires [5].

la puissance du père qui peut le dissoudre en la reprenant, dans le *Cresphontes* d'Ennius — et non de Pacuvius — mort en 585 (*Rhet. ad Her.*, 2, 24, 38).

1. *D.*, 23, 1, *De sponsalibus*.

2. Les fiançailles des personnes en puissance ont, comme leur mariage, probablement été conclues anciennement par leurs *patresfamilias* en dehors d'elles et plus tard par elles avec le consentement de leurs *patresfamilias*. V., au premier point de vue, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 12, et au second, Julien, *D.*, *h. t.*, 11, et Paul, *D.*, *h. t.*, 13.

3. V. pour le droit latin, Servius Sulpicius cité par Aulu-Gelle, 4, 4, et pour le droit romain, Varron, *De l. L.*, 6, 69-72 (Bruns, 2, pp. 56-57) et la discussion de Karlowa, 2, 1, p. 176 et ss. : Ser. Sulpicius suppose les fiançailles conclues par voie de stipulations réciproques où le père de la femme s'engage à la livrer (*eam in matrimonium datum iri*), et le mari à la recevoir (*eam in matrimonium ductum iri*), Varron, une stipulation unilatérale, à notre avis plus ancienne, par laquelle la femme est promise au mari. Cette première forme explique parfaitement comment le caractère obligatoire des fiançailles pouvait se concilier avec la faculté de divorcer, précisément reconnue seulement au mari dans le mariage avec *manus*.

4. *D.*, *h. t.*, 4. *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 134. La liberté de rompre les fiançailles est un corollaire de la liberté de rompre le mariage lui-même, reconnue désormais aux deux conjoints.

5. Celui qui contracte de nouvelles fiançailles avant d'avoir rompu les premières est frappé d'infamie, dit le *D.*, 3, 2, *De his qui not.*, 1 ; 13, 14, est frappé

Les fiançailles, par lesquelles on s'engage à contracter mariage, ne sont pas plus le mariage [1] que l'engagement de transférer la propriété n'est le transfert de la propriété. Les procédés d'exécution des fiançailles, de formation du mariage, n'ont naturellement pas été les mêmes dans l'ancien droit où, le mariage et la *manus* étant inséparables, les modes de création de la *manus* étaient les modes mêmes de la formation du mariage et dans le droit plus récent où, le mariage étant indépendant de la *manus*, il pouvait exister sans l'intervention d'aucun d'eux.

1. La *manus* s'acquérait et par conséquent le mariage se formait, dans l'ancien droit, par trois procédés : la confarréation, la *coemptio* et l'usage [2].

La confarréation a pour éléments essentiels [3] l'offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre (*farreus panis*) et la prononciation de paroles sacramentelles (*verba certa et sollemnia*) devant dix témoins, le grand pontife et le flamine de Jupiter. C'est un véritable mariage religieux, qui a toujours gardé de nombreux caractères archaïques : le pain d'épeautre, survivance cultuelle d'une phase disparue de l'histoire de l'alimentation ; les dix témoins, si, comme il nous semble probable, ils représentent les dix curies constituées par chaque tribu ethnique avant la fondation

d'une incapacité partielle de postuler pour autrui, disait l'édit (*Textes*, p. 142). Mais c'est précisément la reconnaissance du droit de rompre les fiançailles. Au contraire, en droit nouveau, la rupture injustifiée des fiançailles est punie d'une véritable peine résultant de l'introduction dans le droit de l'empire de l'institution orientale de l'*arra sponsalicia* qui apparaît à la fois dans le code d'Hammourabi, §§ 159 161, dans le droit de la bible et du Talmud et dans le livre syro-romain, P 46 *a*, comme un prix de la femme payé par le fiancé qu'il perd si la rupture vient de lui, mais qui lui est restitué au multiple si elle vient du côté de la fiancée. V. Koschaker, *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 383-416 ; cf. auparavant Riccobono, *B. Ist. D. R.*, 9, 1888, pp. 217-300 et les renvois. Sur son introduction à Rome les deux textes principaux sont : une constitution de Léon de 472, *C.*, 5, 1, *De pons.*, 5, réduisant au double (qui est déjà le taux du livre syro-romain et même du code d'Hammourabi), le quadruple auquel devait être rendue l'*arra* suivant un régime antérieur déjà établi en 380 (*C. Th.*, 3, 5, *De spons.*, 11) ; auparavant une constitution de Constantin, *C.*, 5, 3, *De d. ant. nuptias*, 15, de l'an 319, obligeant à restituer les présents de fiançailles au cas de rupture injustifiée, mais d'ailleurs au simple, en visant les deux fiancés et sans employer le terme *arra sponsalicia* qu'on ne rencontre auparavant que dans un texte interpolé, *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 38, *pr.* Le même Constantin décida, en partant de l'usage chrétien du baiser de fiançailles, qu'en cas de décès survenu après le baiser (*osculo interveniente*) la fiancée ou ses héritiers conserveraient la moitié de ces présents (*C.*, 5, 3, *De d. ant. nupt.*, 16 ; livre syro-romain, L 91, et Esmein, *Mélanges*, p. 416).

1. C'est pour cela qu'elles peuvent être faites avant que l'âge des fiancés ne rende le mariage possible, à partir du moment où ils ont l'âge de sept ans, dit un texte probablement interpolé, *D.*, *h. t.*, 14 (p. 203, n. 4).

2. Gaius, 1, 110 : *Usu, farreo, coemptione.*

3. Connus plus complètement par la dernière lecture de Gaius, 1, 112. Sur d'autres formalités, v. Karlowa, p. 154 et ss. Analogies présentées par les coutumes finnoises, Smirnov, *Populations finnoises de la Volga et de la Kama*, 1898, pp. 121-122.

de la Rome des trente curies ; enfin au moins autant sa sphère d'application aristocratique et sacerdotale : la confarréation a probablement toujours été inaccessible aux plébéiens ; le *rex sacrorum* et les grands flamines devaient être nés de pareils mariages et devaient être mariés de cette façon.

La *coemptio* [1] est, dit-on souvent, le mariage civil à côté du mariage religieux, le mariage plébéien à côté du mariage patricien. La future épouse y est acquise par le mode d'acquérir par lequel on acquiert les choses précieuses, les esclaves, les personnes *in mancipio*, par la mancipation. Il y avait, dit Gaius, une différence dans les paroles, mais les formes étaient les mêmes [2].

Enfin l'*usus* est à la *coemptio* ce que l'usucapion est à la mancipation. C'est l'acquisition par la possession prolongée. Quand il n'y a pas eu de *coemptio* ou encore quand il n'y a pas eu de *coemptio* régulière, la femme tombe néanmoins sous la *manus* au bout d'un an. Seulement la loi des XII Tables règle déjà un procédé par lequel la femme pourra interrompre cette prescription. Elle n'aura pour cela qu'à découcher trois nuits avant l'expiration de l'année (*usurpatio trinoctii*) [3].

Des trois procédés, celui qui disparut le plus tôt fut l'*usus*. Il existait encore au temps de Cicéron. Gaius le représente comme disparu, partie en vertu des lois, partie par désuétude. La confarréation paraît aussi être devenue de bonne heure peu fréquente, car, au temps de Tibère, on eut peine à trouver trois patriciens nés de pareils mariages entre qui prendre un flamine de Jupiter. Afin d'enrayer cette désuétude, une loi rendue en l'an 23 ap. J.-C. décida, certainement pour les femmes des flamines de Jupiter, beaucoup moins sûrement pour les autres femmes mariées *farreo*, que cette cérémonie les ferait passer sous la *manus* seulement au point de vue religieux et non au point de vue civil [4]. Mais, tout au moins avec cette portée restreinte et dans le cercle du clergé, la *confarreatio* a subsisté encore longtemps, sans doute jusqu'à la chute du paganisme [5]. Quant à la *coemptio*, elle survit encore, comme institu-

1. Gaius, 1, 113.

2. Gaius, 1, 123. Les mots dits par la femme : *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia* (p. 168, n. 3) paraissent mis par Cicéron, *Pro Mur.*, 12, 27, dans une relation avec la *coemptio*. Boèce, *in Topic.*, 3, 4 (*Textes*, p. 489) parle aussi, en invoquant les Institutes d'Ulpien, d'interrogations que s'y seraient faites les époux, probablement avant la *coemptio* proprement dite et c'est probablement ce qui, avec le nom même de l'acte, a conduit des auteurs de basse époque à l'idée niaise d'achat réciproque des deux époux l'un par l'autre.

3. Gaius, 1, 111. Aulu-Gelle, 3, 2, 12.

4. La logique du but poursuivi demanderait la suppression des effets civils de la *manus* non seulement chez les femmes des flamines, mais chez toutes les femmes mariées *farreo* ; mais Tacite, *Ann.*, 4, 16, ne parle que du mariage du flamine et ce n'est que par une restitution arbitraire qu'on fait donner à Gaius, 1, 136, une solution plus large.

5. Inscription postérieure à l'avènement de Commode d'un *sacerdos confarreatio-*

tion sérieuse associée à un véritable mariage, au début de l'Empire et même au temps de Gaius [1]. Mais elle est en outre utilisée alors, à titre d'expédient (*coemptio fiduciaria*), pour atteindre des résultats étrangers au but de la loi, dans trois hypothèses indiquées, la première par Cicéron, les deux autres par Gaius : *interimendorum sacrorum causa*, pour soustraire la femme à la charge d'un culte privé [2] ; *testamenti faciendi gratia*, jusqu'à Hadrien, pour éluder la règle abolie par lui selon laquelle une femme restée dans sa famille d'origine ne pouvait tester [3] ; *tutelae evitandae gratia*, pour permettre à la femme de changer de tuteur [4]. Elle est elle-même en désuétude au IVe siècle [5].

2. L'introduction du mariage sans *manus* soulève des difficultés nouvelles. Jusqu'alors il ne pouvait y avoir de mariage sans qu'il y eût eu ou *confarreatio*, ou *coemptio*, ou tout au moins une année de vie commune. Désormais le mariage peut exister sans rien de tout cela. Mais suffira-t-il, pour qu'il existe, de la réunion des conditions de fond exigées pour le mariage, en particulier du consentement des conjoints et de ceux qui les ont en puissance, ou ne faudra-t-il pas encore un élément extérieur quelconque ?

Le mariage romain du droit récent, le mariage sans *manus*, ne comporte aucune intervention de l'autorité publique correspondant à l'acte de mariage moderne. Sa validité est certainement aussi indépendante de la cohabitation physique [6]. Elle l'est non moins certainement soit

num et diffarreationum : *C. I. L.*, X, 6662. Ulpien, 9, 1, en parle encore au présent sous Caracalla.

1. La *laudatio* dite de Turia, *Textes*, p. 813 et ss., en donne au moins deux exemples concrets, au début de l'Empire : la *coemptio* faite entre le père de la morte et sa femme d'après la ligne 14, et celle faite entre la sœur de la morte et son mari Cluvius, d'après la ligne 16. Gaius, 1, 113. 114 parle encore au présent de la *coemptio matrimonii causa*. Papinien et Paul parlent aussi de *conventio in manum*, *Coll.*, 4, 2, 3. 4, 7, 1, mais sans en préciser la source.

2. Cicéron, *Pro Murena*, 12, 17 : *Horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt*. C'est le seul texte sûrement relatif à cette institution, à laquelle on rapporte plus arbitrairement les *senes coemptionales* nommés dans Plaute, *Bacch.*, 4, 9, 52. et Cicéron, *Ad fam.*, 7, 29. Selon l'explication que nous croyons la meilleure (Karlowa, *Formen d. römisch. Ehe*, 1860, p. 89. *R. R. G.*, 2, 1, p 170 et ss.), une femme *sui juris*, voulant se débarrasser de son culte domestique, se marie avec *manus* à un vieillard de son choix auquel la *conventio in manum* fait passer ses biens, mais non ses *sacra* et duquel, par suite de son grand âge, elle héritera sans tarder. Suivant une interprétation due à Savigny, *Vermischte Schriften*, 1, 1850, p. 190 et ss., et plus répandue, il y aurait déjà là une *coemptio* fiduciaire semblable à celles de Gaius, où le culte et les biens passeraient au vieillard qui libérerait ensuite immédiatement la femme de la *manus* et lui ferait repasser les biens un à un tout en gardant jusqu'à sa mort la charge du culte.

3. Gaius, 1, 115 a. Cicéron, *Top.*, 4, 18.

4. Gaius, 1, 115.

5. Servius, *Ad Georg.*, 1, 31. *Ad Aen.*, 4, 214 : *Coemptio... apud priscos peragebatur*.

6. Ulpien, *D.*, 35, 1, *De cond.*, 15 : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*.

des fiançailles qui le précéderont d'ordinaire, soit des réjouissances et des cérémonies religieuses (*festivitas nuptiarum*, à l'époque païenne, bénédiction nuptiale à l'époque chrétienne) ou de la rédaction d'un écrit réglant les rapports pécuniaires des époux (*instrumentum dotale*) qui l'accompagneront d'ordinaire. Mais il ne se forme pas, à notre sens, par le simple échange de volontés. Il exige de plus la mise de la femme à la disposition du mari, plus largement l'établissement de la vie commune, et par conséquent le moment précis où il commence, important à fixer à plusieurs points de vue[1], se placera seulement alors. Le mariage est une façon de vivre, sa formation est un changement d'existence. Or, un genre de vie, un changement d'existence ne peuvent résulter d'une pure intention. Ils exigent des actes. A la vérité, ces actes pourront être très variés, surtout quand les époux se trouveront dans le même lieu. Mais la preuve que le consentement ne suffit pas est que le mariage, qui peut avoir lieu malgré l'absence du mari, chez qui on conduira alors la femme, ne peut avoir lieu en l'absence de la femme, qu'on ne pourrait alors mettre à sa disposition[2].

Reste une autre difficulté. La vie commune entre personnes aptes à se marier se rencontre non seulement au cas de mariage, mais au cas du concubinat que nous retrouverons et qui diffère du mariage seulement par l'intention (*affectus maritalis*). Comment les distinguer? En pratique, la solution sera presque toujours fournie par les faits qui précèdent ou accompagnent ordinairement le mariage. Il y aura certainement mariage, quand il y aura eu fiançailles, mariage religieux, rédaction d'un *instrumentum dotale*. Mais, sauf des exceptions, appartenant au droit le plus récent[3], il n'est pas prouvé qu'en leur absence il y ait concubinat. C'est la raison d'être de présomptions, admises seulement du reste à défaut d'autre indice et sauf preuve contraire, qui paraissent avoir déjà fonctionné en droit classique, avoir été modifiées par Théodose et Valentinien et avoir été remaniées par Justin : en partant de

1. Par exemple, pour déterminer si l'enfant jouit de la présomption de paternité du mari dont jouissent les enfants conçus dans le mariage (p. 173) ; par exemple pour savoir si une donation est valable comme faite entre fiancés ou nulle comme faite entre époux.

2. Paul, *Sent.*, 2, 19, 8 : *Vir absens uxorem ducere potest ; femina absens nubere non potest.* C'est le texte fondamental dont la solution est très clairement expliquée par Pomponius, *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 5. Parmi les textes qu'on invoque en sens contraire, le principal, Scaevola, *D.*, 24, 1, *De d. int. vir. et ux.*, 66, se rapporte au cas où les deux époux sont dans le même lieu et font partir le commencement de la vie commune du moment qu'ils veulent, d'autres, comme *D.*, 35,1, *De cond.*, 15 (p. 155, n. 6), soulignent le consentement pour exclure la nécessité d'autres éléments ; un autre, *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 33, est relatif à la matière des peines du célibat. Cf. Accarias, 1, n° 80.

3. La rédaction d'un *instrumentum dotale* a été requise par Justinien pour le mariage des *personae illustres* (nov. 22, c. 3 ; nov. 117, c. 4) et pour celui du concubin avec la concubine (*C.*, 5, 27, *De nat. lib.*, 10).

ces présomptions, on supposait le mariage ou le concubinat selon que les personnes étaient ou non du même rang avant Justin ; on supposa toujours le mariage depuis Justin [1].

II. Conditions de fond du mariage. — Qu'il y ait *conventio in manum* ou simple remise de la femme au mari, il faut, pour que cet acte ait la vertu de produire un mariage, la réunion de certaines conditions de fond qu'on peut ramener à trois idées : le consentement, l'âge requis et le *conubium* [2].

1. Il faut, d'abord, pour que le mariage se forme, non seulement le consentement des futurs époux, mais, quand ils sont *alieni juris*, celui des personnes qui les ont en puissance.

Anciennement le consentement des conjoints n'entrait en ligne de compte que quand ils étaient *sui juris* et, au cas contraire, le seul consentement légal était celui des *patresfamilias* [3]. Dans les temps historiques le mariage requiert les consentements distincts des uns et des autres. On exige en premier lieu celui de chacun des futurs époux ; puis, lorsque l'un d'eux est *in potestate*, on exige, de plus, le consentement du *paterfamilias* qui l'a présentement en puissance, si c'est la femme, du *paterfamilias* qui l'a présentement en puissance et de tous ceux qui pourront l'avoir en puissance par la suite, si c'est le mari [4] ; par conséquent, pour le mariage de la petite-fille, seulement du grand-père encore vivant, pour le mariage du petit-fils, à la fois de ce grand-père et du père, car, dit-on alors, le grand-père qui peut enlever des héritiers siens à son fils, par exemple en émancipant les petits-fils ou en donnant les petites filles *in manum*, ne peut pas donner à son fils des héritiers siens malgré lui (*nemini invito heres suus adgnascitur*) [5] et, tandis que les enfants nés du mariage d'une femme, naissant dans la famille de leur père, ne seront jamais sous la puissance des ascendants de leur mère, les enfants du petit-fils seront sous la même puissance que leur père, sous la puissance de son grand-père et après la mort de celui-ci sous la puissance de son père.

1. *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 24. *C.*, 5, 4, *De Nupt.*, 22, 23, 7.

2. Ulpien, 5, 2 : *Justum matrimonium est si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui juris sunt, aut etiam parentes eorum si in potestate sunt.*

3. C'est le seul régime logiquement conciliable avec l'omnipotence primitive du *paterfamilias* et il en est resté des vestiges dans la langue des textes (v. par ex. Ulpien, 5, 2, note 2 : *Consentiant si sui juris sunt, aut etiam parentes eorum si in potestate sunt*) et dans les institutions, par exemple dans les solutions déjà relevées, p. 152, n. 3, en matière de fiançailles, par exemple dans les dispositions qui frappent à raison de mariages irrégulièrement contractés l'époux s'il est *sui juris* et son *paterfamilias* s'il ne l'est pas (*D.*, 3, 2, *De his qui not.*, 1, *in fine*). V. en sens contraire, Accarias, 1, p. 194, n. 1.

4. Paul, *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 16, 1.

5. *Inst.*, 1, 11, *De adopt.*, 7. Cette règle n'a naturellement existé, à notre sens, que depuis l'époque où le *paterfamilias* a cessé d'avoir le droit de marier son fils sans le consentement de celui-ci.

Seulement, même pour les personnes en puissance, les deux consentements sont devenus d'inégale importance. Celui du conjoint est indispensable. Au contraire celui des ascendants (*jussum patris*) peut parfois être suppléé. D'une part, la loi Julia de l'an 736, qui a dû par là beaucoup contribuer à faire ressortir le consentement propre de la personne en puissance, lui a permis, quand l'ascendant refuse son consentement, d'en appeler du refus au magistrat qui pourra, s'il le juge injustifié, autoriser le mariage [1]. D'autre part, quand l'ascendant est empêché de donner son consentement parce qu'il est absent, prisonnier de guerre ou atteint d'aliénation mentale, on a fini par permettre à l'enfant de se marier néanmoins [2].

Le mariage conclu primitivement par les parents pour le compte des enfants est donc devenu un mariage conclu par les enfants avec une autorisation de leurs parents dont ils peuvent se passer, quand les parents ne peuvent la donner ou la refusent injustement. Mais le système du consentement des parents n'en a pas moins gardé la physionomie qu'il devait à son fondement primitif tiré non pas de l'idée d'intérêt de l'enfant, mais de l'idée de puissance. Quant aux personnes qui doivent le donner, il n'est jamais demandé à la mère et aux ascendants maternels et, parmi les ascendants paternels, il est demandé au grand-père aussi bien qu'au père pour le mariage du fils, au grand-père sans le père pour le mariage de la fille ; car la mère ni les ascendants maternels n'ont jamais la puissance et, lorsque le grand-père paternel vit encore, c'est lui et non le fils qui l'a. Quant aux personnes qui en ont besoin, il est nécessaire aux personnes en puissance, quelque avancé que puisse être leur âge, et les personnes *sui juris* n'en ont jamais besoin, quelle que soit leur jeunesse.

1. Marcien, *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 19. Dans sa forme actuelle, le texte est relatif aux descendants des deux sexes, vise à la fois le refus du père de consentir au mariage et de doter l'enfant et dit qu'on peut recourir contre ce refus devant les gouverneurs des provinces. Selon M. Moriaud, *Mélanges Girard*, 2, pp. 291-308, il devait, dans sa forme première, être exclusivement relatif aux descendants du sexe féminin et indiquer comme autorité compétente sur le recours le préteur urbain à Rome et le gouverneur en province. A notre avis l'autorité compétente à Rome devait être plutôt l'un des consuls (v. A. Pernice, *Archivio*, 36, 1886, pp. 131-132) ; mais il y a des raisons de forme et de fond pour croire que Marcien ne parlait pas des descendants mâles. Il nous paraîtrait plus aventureux de considérer avec M. Castelli, *B. Ist. D. R.*, 24, 1914, pp. 161-174, les solutions du texte comme dues intégralement à Justinien.

2. Justinien, *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, *pr.*, affirme avoir été le premier à permettre sans équivoque le mariage du fils du *furiosus* aussi bien que celui de sa fille. C'est certainement lui qui a subordonné à l'expiration d'un délai de trois ans le mariage des enfants de l'absent et du captif : cette exigence se trouve à la vérité placée sous l'autorité d'Ulpien, de Paul et de Julien dans divers textes du *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 9, 1 ; 10 ; 11, mais c'est là simplement une innovation par interpolation, ainsi que le prouve matériellement un texte symétrique de Tryphoninus qu'on a omis d'interpoler, *D.*, 49, 15, *De capt.*, 12, 3.

Il y a cependant un cas dans lequel on voit apparaître la notion moderne du consentement requis dans l'intérêt de l'époux, dans un but de protection. C'est celui du mariage de la femme *sui juris*. Anciennement elle devait, certainement pour la *conventio in manum*, peut-être même pour le mariage libre [1], avoir l'*auctoritas tutorum* qui, là comme partout, était exigée dans l intérêt des tuteurs et non pas dans le sien ; mais, après la disparition de la tutelle des femmes, on a obligé la femme *sui juris* à obtenir, pour se marier, un nouveau consentement qui, étant requis dans une pensée de protection, ne lui est nécessaire que jusqu'à un certain âge, jusqu'à vingt-cinq ans, et doit lui être donné par les personnes qu'on suppose avoir pour elle l'affection la plus éclairée, par son père, s'il est encore vivant (par exemple après l'avoir émancipée), et à défaut du père, par la mère et les autres proches [2].

2. Il faut, pour le mariage, que le mari soit pubère et la femme nubile. A l'origine, cette aptitude aux œuvres du mariage se constatait en fait. Mais l'examen individuel fut de bonne heure écarté pour les filles et remplacé par un âge fixe, l'âge de 12 ans. Pour les garçons, la règle ancienne s'est maintenue plus longtemps : elle paraît avoir encore été soutenue pendant toute la durée de l'époque classique, en face de l'âge fixe de 14 ans qui avait déjà été proposé par les Proculiens et qui fut définitivement adopté par Justinien [3].

1. Le consentement des tuteurs est exigé pour la *conventio in manum* et la *manus* ne peut même probablement par suite être acquise *usu* sur une femme en tutelle : Cicéron, *Pro Flacco*, 34. Pour le mariage sans *manus*, la nécessité de l'*auctoritas tutorum* nous paraît aussi impliquée non seulement par Ulpien, 11, 22 (en sens contraire, Esmein, p. 14), mais par Tite-Live, 4, 9, qui semble supposer une institution parallèle en droit latin et par la constitution de Sévère et Caracalla, *C.*, 5, 4, *De nupt.*, 1, où la mention du tuteur ne peut s'expliquer que par une transition de ce régime à celui du droit nouveau.

2. On peut apercevoir le commencement de ce système dans la constitution précitée de Sévère et Caracalla. Il est organisé dans des constitutions du IV[e] siècle (*C.*, *h. t.*, 18 = *C. Th.*, 3, 7, *De nupt.*, 1) et du V[e] (*C.*, *h. t.*, 20).

3. *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, *pr.* L'âge de 14 ans est déjà indiqué en droit public, en l'an 710, par la loi de Genetiva, c. 98 (*Textes*, p. 98) comme celui à partir duquel on est tenu des corvées. Mais la controverse est rapportée comme vivante par Gaius, 1, 196, et ensuite par Ulpien, 11, 28, qui signale même un troisième système exigeant à la fois l'âge de 14 ans et la puberté de fait et elle ne paraît avoir été tranchée définitivement que par une const. de Justinien de 529, *C.*, 5, 60, *Quando cur.*, 3, résumée aux *Inst.*, 1, 22, *Quib. mod.*, *pr.* Ces solutions sont données à propos de la fin de la tutelle pour laquelle il était particulièrement indispensable de fixer le moment précis de la puberté. M. Collinet, *N. R. H.*, 1900, p. 366 et ss., en a conclu qu'elles devaient être restreintes à la matière de la tutelle et qu'en conséquence, pendant toute la durée du droit romain, même sous Justinien, l'aptitude au mariage des personnes du sexe masculin aurait exclusivement dépendu de leur développement physique. Mais ce système n'est pas seulement contredit pour le temps de Justinien par des textes de lui parlant de l'âge de 14 ans pour le mariage (*C.*, 5, 4, *De nupt.*, 24, de 530). Il est contredit par nos textes eux-mêmes qui se demandent tous uniformément non pas, comme il faudrait pour M. Collinet, à quel moment finit la tutelle, mais à quel moment existe la puberté. — De l'impubère on peut rapprocher le castrat qui est, à la

3. A la différence des deux premières conditions qui sont absolues, dont le défaut empêche le mariage avec toute personne, le *conubium* est en grande partie une condition relative, nécessaire pour que deux personnes, aptes d'une manière générale à se marier, puissent se marier entre elles. On y rattache bien, en le considérant, au sens large, comme l'aptitude à contracter mariage [1], certaines conditions absolues : celle tenant à la liberté, qui exclut les esclaves du mariage [2], celle tenant à la cité, qui en exclut également les pérégrins, à moins qu'ils n'aient reçu la concession spéciale du *conubium* [3]. On pourrait encore y rattacher l'incapacité de se marier qui frappe les soldats sous les drapeaux jusqu'au IV[e] siècle [4]. Mais on groupe principalement sous cette expression les conditions de capacité tenant à l'absence d'empêchements relatifs qui peuvent résulter soit de la disproportion des rangs, soit de la parenté et de l'alliance, soit enfin de certaines règles du droit positif.

Pour l'obstacle tenant à la diversité des rangs, on peut distinguer trois périodes correspondant à trois prohibitions d'étendue inégale. La prohibition la plus large et la plus ancienne, qui fut peut-être d'abord une simple application de l'idée que le mariage romain requiert le droit de cité chez les deux conjoints, a été la prohibition du mariage entre patriciens et plébéiens. Maintenue dans les XII Tables, elle fut peu après abrogée par la loi Canuleia en l'an 309 de Rome [5]. Mais le mariage ne devint pas alors licite entre toutes personnes. Il demeura défendu entre ingénus et affranchis. Cette seconde barrière fut à son tour renversée en l'an 736 par la première loi matrimoniale d'Auguste [6] qui éleva en même temps la troisième digue opposée aux mésalliances :

différence du simple *spado*, incapable de contracter mariage (*D.*, 23, 3, *De j. d.*, 39, 1).

1. Ulpien, 5, 3 : *Conubium est uxoris jure ducendae facultas.*

2. Ulpien, 5, 5.

3. Ulpien, 5, 4. V. pour les Latins, p. 111, n. 5 et 6, pour les pérégrines épousées par les vétérans, p. 117, n. 3. Le *conubium* a même été tantôt accordé et tantôt refusé aux *cives sine suffragio*, parmi lesquels il était accordé aux habitants de Capoue et refusé à ceux d'Anagnia. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 190.

4. Le point de savoir si le mariage était défendu aux soldats ayant le droit de cité a été vivement controversé. Il est aujourd'hui définitivement tranché, à notre avis, dans le sens de la prohibition, par tout un groupe de papyrus qui partent de là pour déclarer soit que les enfants ne sont pas légitimes, soit que la femme n'a pas d'action en restitution de dot (const. d'Hadrien, *Textes*, pp. 194-196 et collection de décisions relatives aux mariages des militaires contenue dans *B. G. U.*, 114 et dans le papyrus Cattaoui, recto, Mitteis, *Chrestomathie*, n° 372). V. en ce sens, Mommsen, *C. I. L.*, III, *Suppl.*, p. 2011 ; Dareste, *N. R. H.*, 1894, p. 688 ; P. Meyer, *Z. S. St.*, 18, 1897, pp. 44-74. *Arch. für Pap.*, 3, 1, 1903, pp. 68-71 ; Erman, *Z. S. St.*, 22, 1901, pp. 234-240 ; H. Krueger, *Z. S. St.*, 28, 1907, p. 394 ; Mitteis, *Grundzüge*, pp. 282-283. Cf. en sens différent, Tassistro, *Matrimonio dei soldati romani*, 1901. — Hérodien, 3, 8, 4, indique une modification d'étendue et de durée incertaines faite par Septime Sévère.

5. Tite-Live, 4, 1, 6.

6. Dion, 54, 16. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 13. 14.

l'interdiction aux membres de la classe sénatoriale [1], c'est-à-dire aux sénateurs et à leurs descendants agnatiques jusqu'au troisième degré, d'épouser des femmes de mœurs ou de profession honteuses. Cette dernière prohibition fut abolie par Justinien [2].

La parenté, pour laquelle on ne distingue pas ici la *cognatio* de l'*agnatio* [3], est la source d'empêchements, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale [4]. En ligne directe, elle fait obstacle au mariage à l'infini. En ligne collatérale, elle semble, à l'époque très ancienne, avoir fait obstacle au mariage jusqu'au sixième degré ; mais cette rigueur aurait été, d'après le texte même qui la révèle [5], écartée dès avant la fin de la deuxième guerre punique et la prohibition plus récente et mieux connue du mariage entre cousins germains (*consobrini*) disparut aussi avant la fin de la République [6]. Sous l'Empire, le mariage est permis entre collatéraux à moins que l'un d'eux ne soit qu'à un degré de l'auteur commun (frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu, etc.) [7]. C'est la règle fondamentale, essentielle. Seulement elle a subi deux dérogations temporaires disparues l'une et l'autre sous Justinien : le mariage a été permis pendant près de trois siècles à l'oncle paternel avec sa nièce en vertu d'un sénatus-consulte rendu pour permettre à Claude d'épouser Agrippine [8] et il a été, sous l'influence des idées chrétiennes, de nouveau défendu pendant quelque temps entre cousins germains [9]. — L'alliance (*adfinitas*) est le lien rattachant l'un des conjoints aux parents de l'autre [10]. Elle ne paraît pas avoir été légalement un obstacle au ma-

1. Ulpien, 13 ; 16, 2. *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 44, *pr.*
2. *C.*, 5, 4, *De nupt.*, 29. Nov. 117, c. 6. Cf. auparavant la const. de Justin, *C.*, *h. t.*, 23.
3. On peut même dire qu'ici la *cognatio* a une influence plus énergique, plus durable que l'agnation. L'agnation entraînant toujours cognation (p. 149, n. 3), la différence ne peut se manifester tant qu'elle dure. Mais la cognation ordinaire et l'empêchement qui en résulte pour le mariage ne sont pas atteints par la *capitis deminutio minima* ; au contraire, quand la cognation ne résulte que de l'agnation, comme au cas de parenté résultant d'une adoption, la disparition de l'agnation entraînera celle de la cognation et le mariage deviendra possible, sinon en ligne directe, où, pour des raisons de décence, on continue à le défendre entre l'ex-père adoptif et ses ex-filles, au moins entre ceux qui ont été frères et sœurs, oncles et nièces et qui ne sont plus ni agnats, ni cognats. Cf. Gaius, 1, 59. 61 = *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, 1.
4. Gaius, 1, 59 = *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, 1.
5. Fragment reproduit *Hermes*, 4, p. 372 : *Livius libro vicesimo* (de 513 à 525). *B. Celius* (lisez *Cloelius*) *patricius primus adversus veterem morem intra septimum cognationis gradum duxit uxorem.* Cf. Tacite, *Ann.*, 12, 6.
6. Tite-Live, 42, 34, 3. Cicéron, *Pro Cluent.*, 5, 11.
7. Gaius, 1, 60 = *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, 2.
8. Gaius, 1, 62. Abrogé définitivement en 342, *C. Th.*, 3, 12, *De inc. nupt.*, 1.
9. *C. Th.*, 3, 10, *Si nupt. ex rescr.*, 1. 3, 12, *De inc. nupt.*, 3, et pour l'abrogation, *C.*, 5, 4, *De nupt.*, 19. *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, 4.
10. Cf. Modestin, *D.*, 38, 10, *De grad.*, 4, 3-5.

riage jusqu'à la fin de la République [1]. Mais elle en devient un, en ligne directe, sous l'empire païen [2], et en ligne collatérale, entre beau-frère et belle-sœur, sous le droit chrétien [3].

Les empêchements relatifs établis par des dispositions positives spéciales existent : d'après la loi Julia *de adulteriis*, entre l'époux adultère et son complice [4] ; en vertu d'un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle et Commode (177-180), entre le tuteur ou son fils et sa pupille [5] ; en vertu de mandats impériaux, entre le gouverneur d'une province et les femmes de cette province [6] ; en vertu de constitutions des empereurs chrétiens, entre chrétiens et Juifs [7].

Quand l'une de ces conditions de fond fait défaut, il n'y a pas plus de mariage romain, de *justae nuptiae*, que quand il n'y a pas eu de *conventio in manum* ou de mise de la femme à la disposition du mari. L'inobservation des règles légales pourra, dans certains cas, avoir une sanction pénale, par exemple pour les dispositions relatives à la parenté et à l'alliance dont la violation constitue l'inceste (*incestus*) [8]. Au point de vue civil, elle aura toujours pour sanction la nullité absolue du mariage [9], invocable par tout intéressé, en tout temps, sans ratification possible [10], et, croyons-nous, quel que soit le vice [11].

III. Dissolution du mariage. Seconds mariages. — La dissolution du mariage peut être volontaire ou forcée.

1. Sans cela la mère de Cluentius n'aurait pas pu épouser son gendre. Cicéron, *Pro Cluent.*, 5, 14.
2. Gaius, 1, 63. *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, 6-8.
3. *C. Th.*, 3, 12, *De inc. nupt.*, 2. *C.*, 5, 5, *De inc. nupt.*, 5.
4. *D.*, 48, 5, *Ad leg. Jul de ad.*, 41 (40), *pr.*
5. *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 59 ; 60.
6. *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 65.
7. *C.*, 1, 9, *De Jud.*, 6.
8. *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, 12, *in fine*. Sur les peines de l'inceste, v. Accarias, nº 90.
9. *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, 12.
10. Le vice peut disparaître, l'âge requis être atteint, l'ascendant dont le consentement faisait défaut, mourir ou consentir. L'union d'illégale deviendra légale, mais sans rétroactivité, les enfants conçus auparavant ne deviendront pas *justi*. Paul, *D.*, 1, 5, *De statu hom.*, 11.
11. Ce n'est pas douteux pour la plupart. Il n'y a pas mariage, au cas de vice relatif au consentement ou à l'âge. Il n'y en a pas non plus, au cas d'union avec une femme esclave ; car le *contubernium* est un rapport de fait. Au cas d'union avec une étrangère sans *conubium* on admet assez généralement qu'il y a un *matrimonium juris gentium*, que la femme est *uxor*, que les enfants sont *liberi*, qu'ils sont rattachés à leur père, que l'adultère est réprimé : peut-être peut-il seulement y avoir un mariage régi par la loi nationale pérégrine ; mais, en tout cas, il n'y a pas de *justae nuptiae*, le *matrimonium* est *injustum*, les *liberi* sont *injusti*, l'*uxor* est *injusta*. Le seul cas contesté est celui des mariages défendus par la loi Julia pour disproportion de rang, qu'un système, à notre sens inexact, prétend avoir d'abord été seulement impropres à dispenser des peines du célibat et n'avoir été déclarés nuls que par un sénatus-consulte du temps de Marc-Aurèle, d'ailleurs exclusivement relatif à l'union des affranchis et des personnes de classe sénatoriale.

Les causes de dissolution forcée sont :

1° La mort de l'un des conjoints ;

2° La perte de la liberté par l'un d'eux ; car le mariage ne peut pas plus subsister que se former avec un esclave. La captivité dissout le mariage, dès qu'elle est encourue par l'un des conjoints, ainsi que cela se manifeste notamment quand il meurt chez l'ennemi [1]. Seulement en cas de retour, les conséquences de cette captivité peuvent être effacées par le *postliminium*. On admettait sans doute alors que la *manus* avait subsisté comme la *patria potestas*. Mais, quant au mariage sans *manus*, auquel seul se rapportent les textes et qui n'est pas comme le mariage avec *manus* un état de droit, qui est un état de fait, un genre de vie, il n'était réputé avoir subsisté que quand la captivité n'avait pas empêché la vie commune de continuer, quand les deux époux avaient été prisonniers ensemble [2]. Sinon, le *postliminium*, s'appliquant aux *res juris* et non aux *res facti*, était impuissant à effacer la disparition du mariage : on pouvait uniquement en former un nouveau [3]. Justinien a modifié ces règles en décidant par voie d'interpolation que la femme du prisonnier reste mariée et devra, pour se remarier, attendre un délai de cinq ans [4].

3° La perte de la cité (*capitis deminutio media*) résultant par exemple de la condamnation d'un des conjoints à la déportation ; car il ne peut y avoir de *matrimonium justum* avec les pérégrins [5].

4° Enfin, pour l'ancien mariage avec *manus*, la perte des droits de famille, la *capitis deminutio minima*. Elle anéantit la *manus* comme la *patria potestas*, et elle devait donc dissoudre le mariage lorsqu'il n'y avait que des mariages avec *manus*. Elle est au contraire sans influence sur le mariage sans *manus* ; seulement ce mariage se trouvera naturellement dissous quand la *capitis deminutio* encourue par l'un des conjoints se trouvera créer entre eux un lien de parenté exclusif du mariage,

1. Marcien, *D.*, 49, 15, *De capt.*, 25.
2. Marcien, *loc. cit.*
3. Tryphoninus, *D.*, 49, 15, *De capt.*, 12, 4. Pomponius, *D.*, *h. t.*, 14, 1.
4. *D.*, 24, 2, *De divort.*, 6, où cette solution est attribuée à Julien. Interpolation voisine, *D.*, 49, 15, *De capt.*, 8, *in fine*. V. pourtant contre l'interpolation, Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 121, qui rattache, avec Bruns, ce délai aux lois Julia et Papia Poppaea.
5. L'argument porte encore pour le droit de Justinien (*Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, *pr.* : *Justas nuptias inter se cives Romani contrahunt*). On rencontre pourtant sous lui et bien auparavant, des textes qui disent que le mariage pourra subsister si l'autre conjoint y consent (Ulpien, *D.*, 48, 20, *De bon. damn.*, 5, 1. Alexandre Sévère, *C.*, 5, 17, *De repud.*, 1. Constantin, *C.*, 5, 16, *De don. int. vir. et ux.*, 24). On les entend d'ordinaire d'un mariage de droit des gens se substituant au mariage romain antérieur et c'est certainement le cas où l'existence de ce mariage formé par un pérégrin *sine civitate*, non pas d'après un droit local pérégrin, mais d'après le *jus gentium*, serait le plus soutenable. Mais cependant les plus récents de ces textes surtout s'entendent peut-être plus aisément d'un mariage ancien maintenu par faveur que de la formation d'un mariage nouveau ; v. Hartmann, *Z. S. St.*, 9, 1888, pp. 46-50.

comme cela se présente quand le beau-père adopte son gendre sans avoir eu la précaution d'émanciper auparavant sa fille [1].

Quant à la dissolution volontaire du mariage (*divortium* au sens large), on y voit se manifester clairement la différence qui sépare la *conventio in manum*, acte juridique générateur de conséquences juridiques arrêtées, et le mariage simple, état de fait constitué par la réunion d'un certain nombre d'éléments matériels.

Le mariage avec *manus* donne au mari sur la femme un pouvoir semblable à celui du père qui ne doit normalement s'évanouir que par la mort, mais pour l'abdication duquel il paraît d'ailleurs comme le père avoir eu d'assez bonne heure des procédés : au cas de *manus* acquise par le mode religieux de la *confarreatio*, un acte religieux contraire, la *diffarreatio* [2] ; au cas d'*usus* ou de *coemptio*, la *remancipatio* qui n'est qu'une application de l'expédient par lequel le père abdiquait sa puissance sur une fille : la mancipation de la femme à un compère qui l'affranchit ensuite du *mancipium* [3]. En revanche la femme ne peut pas plus sortir de la *manus* malgré le mari que le fils de la puissance paternelle malgré le père [4] : si on lui a permis plus tard d'exiger sa libération de la *manus*, c'est sous l'influence des règles du mariage sans *manus* [5].

Le mariage simple, qui se conclut par l'accord des volontés établissant la vie commune, se dissout logiquement quand la vie commune cesse, non pas seulement par un accord de volontés contraires (*divortium* au sens strict), mais par la disparition isolée d'une des volontés nécessaires à son maintien (*repudium*), soit de celle de l'un des conjoints, soit de celle de l'ascendant sous la puissance duquel se trouve un des conjoints. Il n'y a là qu'une application du principe selon lequel le mariage simple exige pour survivre la persistance des éléments requis pour sa formation. Et par suite le droit de rompre le mariage qui en résulte a dû exister, dès l'origine du mariage sans *manus*, au profit de tous ceux dont le consentement était requis pour sa formation, quelque rare qu'en ait pu être l'exercice à l'époque ancienne [6]. Il a également subsisté sans modifications essentielles à l'époque postérieure, malgré la

1. Tryphoninus, *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 67, 3. Il en est sans doute de même avant Justinien lorsque le mari d'une affranchie devient sénateur : *C.*, 5, 4, *De nupt.*, 28, *pr.*

2. Festus, v° *Diffarreatio*. Inscription citée p. 154, n. 5.

3. Gaius, 1, 115. 118. 137. Festus, v° *Remancipatam*. C'est sans doute par un simple hasard que ce procédé de dissolution se trouve indiqué seulement pour le cas de *coemptio* et non pour celui d'*usus*. On pourrait plutôt se demander s'il ne devrait pas logiquement être applicable à la femme mariée *farreo* elle-même.

4. La logique, la tradition (Plut., *Rom.*, 22) et les formes de la *remancipatio* sont d'accord dans ce sens.

5. Gaius, 1, 137.

6. C'est par erreur que les anciens ont cité comme le plus ancien exemple celui de Sp. Carvilius Ruga, placé par Denys sous les consuls de 523, par d'autres sources, en 519, 520 ou 527. Exemple de l'an 447, chez Valère Maxime, 2, 9, 2.

multiplication excessive des divorces qui marque les derniers siècles de la République et le temps de l'Empire [1], et même à l'encontre de la conception nouvelle du mariage apportée par le droit chrétien [2].

Le divorce proprement dit, le divorce par consentement mutuel (*divortium communi consensu*) a toujours pu avoir lieu par le simple accord des volontés, sans intervention d'aucune autorité civile ou religieuse ; même en droit chrétien, il n'a été temporairement aboli que par une novelle de Justinien bientôt abrogée par son successeur Justin II [3].

Quant à la rupture unilatérale du mariage, à la répudiation, elle a bien été soumise par la loi Julia *de adulteriis* à des formes qui sont d'ailleurs exclusivement destinées à en faciliter la preuve et qui sont peut-être exigées pour toute dissolution volontaire du mariage [4] ; elle requiert une notification adressée par l'un des époux à l'autre devant sept témoins, qui, à l'époque impériale, se faisait ordinairement au moyen d'un message écrit porté par un affranchi (*libellus repudii*) [5]. De plus, le droit du père de rompre le mariage de la fille malgré elle a été supprimé plus ou moins intégralement vers le temps des Antonins [6]. Enfin on voit de bonne heure une tendance à frapper de certaines déchéances politiques ou pécuniaires [7] ceux qui ont exercé le droit de répudiation sans motif, comme d'ailleurs ceux qui ont donné à leurs conjoints de justes motifs de répudiation. Mais le droit de répudiation reste intact pour les deux conjoints, sans même qu'ils puissent le supprimer ou l'entraver par convention contraire [8] : il appartient à tous les maris, et

1. V. pour les preuves, Marquardt, *Vie privée des Romains*, 1, p. 85 et ss.

2. V. sur ces doctrines, Esmein, *Mariage en droit canonique*, 1891, 1, p. 64 et ss. 2, p. 48 et ss.

3. Justinien, nov. 117, c. 10, le défend à moins qu'il n'intervienne en vertu d'un vœu de chasteté des deux époux. Justin II le permit de nouveau dans la novelle 140.

4. Cf. Zeumer, *Neues Archiv*, 24, 1899, pp. 620-622.

5. Paul, *D.*, 24, 2, *De divort.*, 9. Les formules : *Tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito* citées par Gaius, *D.*, *h. t.*, 2, 1, étaient déjà celles du temps de la République : Cicéron, *Phil.*, 2, 28 ; *De or.*, 1, 40, 183. Mais elles n'étaient pas obligatoires et la répudiation tacite pouvait d'après certains résulter par exemple d'un second mariage (Cicéron, *De or.*, 1, 40, 183), en sorte qu'il ne pouvait pour eux jamais y avoir de bigamie.

6. La règle est attribuée à Antonin le Pieux par Paul, 5, 6, 15 (cf. 2, 19, 2) et à Marc-Aurèle par Dioclétien, *C.*, 5, 17, *De repud.*, 5 ; mais Ulpien en parle encore en termes hésitants, *D.*, 43, 30, *De lib. exhib.*, 1, 5, et elle n'apparaît comme bien nette que chez Hermogénien, *D.*, *h. t.*, 2. — V. sur un progrès parallèle réalisé pour les mariages égyptiens par les gouverneurs, *P. Oxy.* II, 237, analysé *Textes*, p. 177.

7. *Nota* du censeur : Val. Max., 2, 9, 2. Nous retrouverons en étudiant la dot les déchéances d'ordre pécuniaire. La tradition en fait remonter le germe jusqu'aux lois royales (Plutarque, *Rom.*, 22, *Textes*, p. 6).

8. Alexandre Sévère, *C.*, 8, 38 (39), *De inut., stip.*, 2, où il invoque, pour la nullité des pactes excluant le divorce et des stipulations le frappant d'une peine, le même principe de liberté en vertu duquel les clauses correspondantes étaient annulées au cas de fiançailles.

il appartient à toutes les femmes, sauf une exception faite pour l'affranchie mariée avec son patron [1]. Le droit chrétien lui-même, qui a déterminé plus étroitement les cas de répudiation légitime, qui a surtout frappé de peines parfois très graves les répudiations injustifiées, n'a pas, même dans son dernier état, supprimé le droit de répudiation [2]. Si la répudiation est ce que Justinien appelle un *divortium bona gratia*, c'est-à-dire une répudiation motivée par une cause non imputable à l'autre conjoint (impuissance, absence, vœu de chasteté), il n'y a de peine ni pour l'un ni pour l'autre ; si c'est un *repudium ex justa causa*, une répudiation motivée par une faute de l'autre conjoint (crime, adultère, inconduite), il y a des peines contre celui qui y a donné lieu ; si c'est une répudiation injustifiée, un *repudium sine nulla causa*, il y a des peines semblables contre son auteur. Mais, dans tous les cas, le mariage est rompu : formé par l'établissement de la vie commune, il cesse quand l'un des conjoints abandonne cette vie commune.

Resterait à exposer les conséquences de la dissolution volontaire ou forcée du mariage, c'est-à-dire en somme surtout de la mort et du divorce. Mais il y en a que nous retrouverons plus loin en étudiant la dot. Il suffira ici de signaler celles qui se rapportent aux seconds mariages et aux questions de filiation : les mesures destinées à empêcher la dissolution du mariage de provoquer une incertitude dans l'état des enfants nés après elle, et aussi les mesures prises par le droit chrétien pour protéger, au cas de second mariage, les intérêts des enfants déjà existants.

La dissolution du mariage pourrait être une cause d'incertitude ou de falsification de filiation : au cas de confusion de part, pour les enfants conçus et non encore nés, dont on ne pourrait souvent savoir de quel mariage ils seraient, si un nouveau mariage se formait avant leur naissance ; au cas de suppression de part, si la femme dissimulait sa grossesse ; enfin au cas de supposition de part, si la femme se prétendait mensongèrement enceinte d'un enfant du mariage. 1° Le risque de confusion de part était écarté par la disposition qui, dès l'époque la plus reculée, défendait à la femme de se remarier avant l'expiration d'un délai de dix mois depuis la mort du mari. Cette prohibition, dont la violation n'entraînait pas d'ailleurs la nullité du nouveau mariage, mais était frappée de peines qui ont varié avec le temps [3], a probablement été

1. Ulpien, *D.*, 24, 2, *De div.*, 11, *pr*.
2. Nov. 22 ; nov. 117. Exemple concret du VI[e] siècle, *P. Oxy*, I, 129 (Mitteis, *Chrestomathie*, n° 296). Cf. Mitteis, *Hermes*, 34, 1899, pp. 105-106.
3. Anciennement un sacrifice expiatoire (Plutarque, *Numa*, 12 : *Textes*, p. 8) ; d'après l'édit du préteur, application aux personnes considérées comme responsables du mariage des déchéances groupées sous le nom d'infamie (*F. V.*, 320 ; *D.*, 3, 2, *De his qui not.*, 1) ; peines pécuniaires graves, sous les Empereurs chrétiens (*C.*, 5, 9, *De sec. nupt.*, 1 ; 2. Nov. 22, c. 2).

d'abord inspirée par l'idée religieuse de deuil du mari (*tempus lugendi*). Plus tard on y a vu un moyen d'empêcher la confusion de part (*turbatio sanguinis*) [1] et on aurait donc dû logiquement l'étendre au cas de divorce ; mais l'extension ne paraît avoir été faite que par le droit chrétien qui porta aussi le délai à un an [3]. — 2° C'est au contraire pour le cas de divorce qu'afin d'éviter les suppositions de part, un sénatus-consulte antérieur à la mort d'Hadrien, le sénatus-consulte Plancien, a prescrit à la femme divorcée qui se croit enceinte de dénoncer sa grossesse dans les trente jours au mari, qui pourra mettre en mouvement tout un ensemble de mesures de vérification et de précautions [4] ; sans exiger de déclaration du même genre, une disposition de l'édit permettait aux héritiers du mari de prendre des précautions symétriques contre la femme survivante [5]. — 3° Enfin, si le mari craint, au cas de divorce, une suppression de part, un rescrit de Marc-Aurèle et Lucius Verus lui permet de faire constater la grossesse de la femme et surveiller l'accouchement [6].

Sauf l'imposition du délai de viduité à la femme, le droit païen n'apportait aucune entrave aux seconds mariages. Il y poussait même en frappant les hommes non remariés immédiatement, les femmes non remariées au bout d'un certain délai [7], des peines des lois caducaires. Le droit chrétien n'a pas défendu les seconds mariages. Mais il a frappé la personne ayant des enfants d'un premier mariage qui se remarie (*parens binubus*) d'incapacités de disposer très graves portées dans l'intérêt des enfants du premier mariage [8]. Son droit de disposer des biens qui lui viennent du premier conjoint (*lucra nuptialia*) a fini par être réduit à un simple droit de jouissance en face duquel les enfants du premier lit acquièrent une véritable nue propriété de ces biens. Quant au reste de sa fortune, il ne peut en donner entre vifs ou à cause de mort à son nouveau conjoint une part supérieure à celle qu'il laisse au moins favorisé des enfants de son premier lit [9].

IV. **Effets du mariage.** — Les effets du mariage varient grandement suivant qu'il y a ou non *manus*. La *conventio in manum* est un phéno-

1. Le délai de viduité est imposé par l'édit même à la veuve du criminel duquel pourtant le deuil ne doit pas être observé (*D.*, 3, 2, *De his qui not.*, 11, 1).
2. *C.*, 5, 17, *De rep.*, 8, 4 b.
3. *C.*, 5, 9, *De sec. nupt.*, 2.
4. *D* , 25, 3, *De agn. lib.*, 1. Cf. Declareuil, *Mélanges Girard*, 1, 1912, pp. 333-352. Le sénatus-consulte est antérieur au temps d'Hadrien, d'après Ulpien, *D* , *h. t.*, 3, 1.
5. *D.*, 25, 4, *De insp. ventre*, 1, 10-15 ; 2. Exemple d'application de cet édit reconnu dans un papyrus Nicole par Wilcken, *Arch. f. Pap.*, 3, 3, 1905, p. 373 et ss.
6. *D.*, 25, 4, *De insp. ventre*, 1, *pr.*-9.
7. Ulpien, *Reg.*, 14.
8. *C.*, 5, 9, *De sec. nupt.*, 3. Nov. 22, c. 21-26.
9. *C.*, 5, 9, *De sec. nupt.*, 6 ; 10. Nov. 22, c. 27-28. Les deux dispositions se retrouvent dans l'édit des secondes noces de 1560 la seconde seule a passé dans l'article 1098 du Code civil.

mène juridique générateur d'un système complet de conséquences juridiques où l'enfant est lié à la mère et au père en même temps qu'ils sont liés entre eux ; le mariage simple est un fait extra-juridique auquel on a transporté une fraction des effets de la *conventio in manum* : ceux relatifs aux rapports du père et de l'enfant. On a décidé un jour que ces unions, qui jusqu'alors étaient forcément des sortes de concubinats, relieraient les enfants au père et par là elles sont devenues des mariages. Les rapports du père et de l'enfant sont désormais régis par les mêmes règles dans les deux unions. Mais leur diversité de nature reste marquée dans l'opposition des règles relatives aux rapports des époux et aux rapports de la mère avec l'enfant.

1. *Rapports des époux.* Par la *conventio in manum*, la femme change de famille, meurt pour son ancienne famille et entre en qualité de fille du mari (*loco filiae mariti*) dans la famille de celui-ci. Si elle était en puissance paternelle, elle sort de puissance [1] ; si elle était en tutelle, elle sort de tutelle. Plus largement tous les liens civils qui la rattachaient à son *paterfamilias*, à ses agnats, à sa *gens* sont rompus [2], il n'y a plus entre elle et sa famille d'origine ni communauté de culte privé, ni droits de succession et de tutelle ; on doit même sans doute considérer comme une atténuation du régime primitif le phénomène singulier par lequel, aux temps historiques, elle garde le nom gentilice d'une famille à laquelle elle n'appartient plus [3].

Sa famille est désormais celle du mari, dans laquelle elle occupe une situation déterminée par le rang de fille du mari qui lui est assigné. Elle est soumise à une puissance analogue à la *patria potestas*, exercée par le mari lui-même, s'il est *sui juris*, par le père du mari, s'il est encore en puissance, et qui alors passera au mari au décès du beau-père comme la *patria potestas* passe au père au décès du grand-père [4]. En vertu de cette puissance, le mari par exemple aura sur elle sensiblement les mêmes droits que le père sur l'enfant [5]. Il peut sans aucun

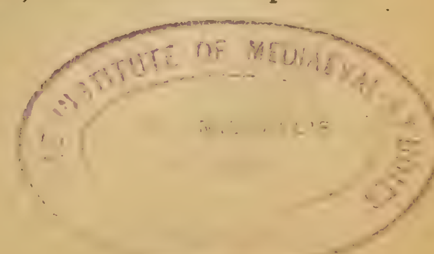
1. Gaius, 1, 136.
2. C'est la conséquence de la *capitis deminutio minima* produite par la *conventio in manum*, Gaius, 1, 162.
3. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 38. Marquardt, *Vie privée*, 1, p. 21. La formule traditionnelle prononcée par la femme dans le mariage : *Ubi tu Gaius ego Gaia* (Plutarque, *Q. R.*, 30 ; cf. p. 154, n. 2) est sans doute un vestige du temps où la femme prenait le gentilice du mari.
4. A la vérité les textes (Gaius, 2, 159. Ulpien, 22, 14) parlent plutôt comme si même alors la *manus* appartenait au mari. Cf. Pernice, *Labeo*, 1, p. 159. Mais elle ne peut cependant, nous semble-t-il, être exercée que par son père, en face duquel la femme est *loco neptis*, d'après Gaius, 2, 159, lui-même.
5. Quoique la femme garde son nom de famille, la puissance du mari est indiquée dans son nom par la mention du mari mise ensuite au génitif, *Caecilia Metelli*, qui ne s'accorde bien qu'avec la puissance résultant de la *manus* et qui, précisément pour cette raison, a fini par disparaître sous l'Empire avec la raréfaction de la *manus*. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 234, n. 1. Marquardt, *Vie privée*, 1, p. 10, n. 2.

doute la réclamer par la revendication et les autres voies de droit données au père. Il peut la donner *in mancipio*. Il peut la frapper de toutes les peines, même de la mort, en particulier de la répudiation. Il acquiert par elle comme par les enfants en puissance [1], ce qui s'applique notamment, quand elle est *sui juris* au moment de la *conventio in manum*, à tout le patrimoine qu'elle avait jusqu'alors [2], quand elle est *alieni juris*, à la quotité de biens que son père lui donnera fréquemment alors, précisément pour l'indemniser des espérances successorales qu'elle perd dans sa famille d'origine [3]. Mais ces rigueurs ne sont pas seulement tempérées par les mœurs, qui assurent à la femme une condition respectée, qui obligent le mari comme le père à ne juger la femme qu'après avis d'un conseil où figurent, semble-t-il, les membres de son ancienne famille devenus ses cognats [4], qui lui interdisent de manciper la femme à titre de vente [5]. Elles sont, pour elle comme pour le fils, la condition de son entrée et de ses droits dans la famille du mari dont elle a désormais le culte, les gentils, les agnats, duquel elle sera, comme *heres sua*, l'héritière ab intestat, seule, s'il meurt sans enfants, en concours avec les enfants, s'il laisse une postérité légitime [6].

Le mariage sans *manus* ne produit rien de pareil. Si la femme était *sui juris*, sous la tutelle de ses agnats, elle reste *sui juris*, en tutelle ; après la disparition de la tutelle des femmes, elle reste pleinement maîtresse de ses biens sans contrôle. Si elle était *alieni juris*, sous la *patria potestas*, elle reste sous la *patria potestas* : elle acquiert pour le *paterfamilias*, quant aux biens ; quant à la personne, elle reste soumise à sa juridiction domestique, il a toujours pour la réclamer les interdits *de liberis exhibendis*, *ducendis*.

Les conséquences juridiques que le mariage a fini par produire entre elle et le mari ne sont pas les suites logiques d'un principe unique ; ce sont des solutions concrètes isolées, admises sans vue d'ensemble sous la pression des faits. — Ainsi, quant aux biens, quoique les patrimoines restent distincts, et même précisément pour cela, on a admis que le mari pourrait recevoir de la femme ou du chef de la femme, comme contribution aux charges du ménage, une quotité de biens jouant le même rôle joué dans le mariage avec *manus* par tout le patrimoine de la femme *sui juris*, par les libéralités du père de la femme *alieni juris* : c'est la dot (*dos*), qui, loin de naître avec le mariage sans *manus*, est

1. Gaius, 2, 90.
2. Cicéron, *Top.*, 4, 23 : *Cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine*. Gaius, 3, 83.
3. Elle est aussi, verrons-nous, incapable de s'obliger, comme la fille en puissance (Gaius, 3, 104).
4. Denys, 2, 25 (*Textes*, p. 6). Tacite, *Ann.*, 13, 32.
5. Plutarque, *Rom.*, 22 (*Textes*, p. 6 et note 2).
6. Gaius, 3, 3 = *Coll.*, 16, 2, 3.



donc, dans ce mariage, une imitation volontaire et partielle des conséquences régulières et forcées du mariage avec *manus*. Pour le reste de leurs patrimoines, les deux époux demeurent en principe indépendants l'un de l'autre, aptes à faire entre eux les mêmes actes qu'ils pourraient faire avec des étrangers, à intenter l'un contre l'autre les mêmes actions qu'ils pourraient intenter contre les étrangers. Cependant l'influence du mariage a fait apporter à la règle des atténuations : ainsi on n'admet pas que les époux intentent l'un contre l'autre des actions pénales ou infamantes [1], ainsi l'époux poursuivi par son conjoint a le bénéfice de compétence, c'est-à-dire le droit de n'être condamné que jusqu'à concurrence de ses ressources [2], ainsi à l'inverse, on a défendu entre eux les donations, parce qu'elles pourraient ne pas être libres ; enfin l'édit prétorien et la législation impériale ont admis entre eux un droit de succession dans des conditions d'ailleurs assez modestes.

D'autre part, au point de vue des rapports moraux, le mari doit protection à la femme et celle-ci lui doit un certain respect [3], on a fini par admettre, au moins pour le rang sénatorial, qu'elle prend le rang du mari [4], on a donné au mari pour la réclamer des interdits symétriques à ceux du père (interdits *de uxore ducenda, exhibenda*) et même le droit de repousser ceux du père [5] ; enfin, si le père garde sur la fille mariée sans *manus* la juridiction domestique, il y a une infraction de la femme dont la répression a toujours mis en jeu l'autorité du mari : c'est l'adultère, qui donnait anciennement au mari le droit de mettre la femme à mort, plutôt à la vérité à titre de vengeance licite qu'à titre de juridiction [6], et dans la poursuite duquel la loi Julia *de adulteriis* [7] lui donne un rôle prépondérant [8].

1. Gaius, *D.*, 25, 2, *De a. rer. amot.*, 2. Dioclétien, *C.*, 5, 21, *Rer. amot.*, 2. V. aussi sur la substitution de l'action *rerum amotarum* à la *condictio furtiva* ces deux titres, *D.*, 25, 2, *C.*, 5, 21.

2. Modestin, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 29 (Lenel, 10). Cf. H. Krueger, *Archiv* de Woelflin, 11, 1900, p. 457. V. aussi sur l'avantage distinct qu'il aura là d'être soustrait à la contrainte par corps, le fragment de Strasbourg du livre 3 des *disputationes* d'Ulpien, *Textes*, p. 492, nº 7, et les observations de Lenel, *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 417.

3. *D.*, 47, 10, *De inj.*, 2 : *Defendi uxores a viris... aequum est*. 24, 3, *Sol. matr.*, 14, 1 : *Receptam reverentiam quae maritis exhibenda est*.

4. *D.*, 1, 9, *De senat.*, 1, 1. *C.*, 12, 1, *De dign.*, 13. Il est certain que, dans le mariage sans *manus*, la plébéienne mariée à un patricien ne devient pas patricienne, ni l'affranchie mariée à un ingénu, ingénue.

5. *D.*, 43, 30, *De lib. exhib.*, 1, 5 ; 2. Cf. p. 165, n. 6.

6. Caton, chez Aulu-Gelle, 10, 23, 5.

7. La loi Julia *de adulteriis* est certainement d'Auguste, d'après Sénèque, *Benef.*, 6, 32, 1, et Ulpien, *D.*, 48, 5, *Ad leg. Jul. de ad.*, 1. Elle paraît antérieure au milieu de l'an 738, d'après Horace, *Carm.*, 4, 5, 21, 22.

8. V. *D.*, 48, 5. *C.*, 9, 9. Cf. Esmein, *Mélanges*, pp. 71-169. Mommsen, *Dr. pénal*, 2, pp. 414-426. Cette loi punit l'adultère de la femme, à côté d'autres déchéances accessoires, de la peine de la relégation. Quant à la poursuite, elle en charge le père et le mari qui ont le droit exclusif d'agir pendant 60 jours ;

2. *Rapports de la mère et de l'enfant.* Le système de la *manus* établit un lien très net entre la mère et l'enfant. La femme, réputée la fille du mari (*loco filiae*), est donc réputée la sœur de ses enfants (*loco sororis*)[1]. Il y a donc entre elle et eux le droit de succession réciproque qui existe entre frères et sœurs, elle les aura pour tuteurs après la mort du mari : elle leur est rattachée par la parenté la plus étroite qu'il y ait après celle du père et de l'enfant ; mais d'ailleurs cette parenté est, elle aussi, une parenté basée sur la puissance et non sur le lien du sang, qui peut exister sans lui dès lors que la puissance existe[2], disparaître sans lui, dès lors que le lien de puissance est rompu[3].

Dans le mariage sans *manus*, il n'y a jamais de lien pareil. La mère et les enfants appartiennent forcément à des familles différentes, car la mère est restée dans la sienne, tandis que les enfants sont nés dans celle du mari. Par suite, il n'y a entre eux, dans la logique des institutions primitives, ni droits ni devoirs. Les enfants notamment ne sont pas les héritiers ab intestat de leur mère et elle ne peut pas en faire ses héritiers testamentaires ; car le droit de tester est alors refusé en principe aux femmes, et, quand elles l'ont par exception, elles ne peuvent l'exercer qu'avec le concours de leurs tuteurs qui, étant normalement leurs héritiers présomptifs, ne se laisseront pas dépouiller. Sauf sa dot, qui passe au mari et peut arriver par lui aux enfants, les biens de la femme resteront à sa famille.

Mais ici encore les choses furent progressivement modifiées, quand on reconnut la parenté du sang comme source de droits et de devoirs. Un droit de succession réciproque basé sur le lien du sang fut admis entre la mère et ses enfants dans un rang toujours plus favorable, d'abord par le préteur, puis par des sénatus-consultes (Tertullien de 117-138, Orfitien de 178), puis par les constitutions impériales. Le simple lien du sang fut reconnu, sous l'Empire, comme suffisant pour donner à la mère toute une série de droits[4] : celui de réclamer des aliments à l'enfant[5] ; celui de se faire attribuer la garde des enfants impubères

mais elle ne permet pas au mari comme auparavant de pardonner et d'étouffer l'affaire ; car il est puni, s'il ne rompt pas le mariage après avoir appris l'adultère, et, s'il n'agit pas lui-même dans les 60 jours qui suivent la répudiation, la poursuite peut être intentée par n'importe qui. Constantin porta la peine à la mort, mais réserva le droit d'agir au mari et aux plus proches parents, *C.*, *h. t.*, 29 (30), *pr.* 4. Justinien remplaça la peine de mort par celle de la réclusion dans un monastère, pendant deux ans, si le mari pardonne, sinon, à perpétuité, et peut-être de la fustigation (Nov. 134, c. 10).

1. Gaius, 3, 14.

2. Ainsi elle est *loco sororis*, non seulement des enfants de son mariage, mais de ceux d'un autre mariage, mais des enfants adoptifs (Gaius, 3, 14, *in fine*).

3. Par exemple, si la *manus* est rompue par le divorce, si l'enfant a été émancipé ou donné en adoption.

4. Ulpien, *D.*, 27, 10, *De curat. furioso*, 4, lui attribue même une *potestas*.

5. Ulpien, *D.*, 25, 3, *De agn. lib.*, 5, 2. Il est aussi défendu aux enfants d'in-

placés sous la tutelle d'un tiers [1], ou même, par exemple au cas de divorce, sous la puissance du mari [2]; enfin, à l'époque très récente, celui d'en obtenir la tutelle elle-même [3]. On la considère à l'inverse comme obligée par ce lien, d'abord, dans certaines conditions, à doter l'enfant et à lui donner des aliments [4], ensuite, quand elle n'occupe pas la tutelle et avant le temps où elle a pu l'obtenir, à veiller sur son administration et notamment à provoquer son attribution, à peine d'exclusion de la succession de l'enfant [5].

3. *Rapports du père et de l'enfant.* Ici les deux mariages se confondent. L'effet qui a été détaché du faisceau des conséquences du mariage avec *manus* pour créer l'institution, en somme très originale et très hardie, du mariage sans *manus*, c'est précisément la liaison de l'enfant au père. Dans une union comme dans l'autre, l'enfant prend la condition du père, naît sous sa puissance, l'agnat de ses agnats, le gentil de ses gentils. Tous ces effets se produisent dès lors que l'enfant a été procréé en mariage. Seulement cette procréation en mariage suppose deux choses : d'abord qu'une femme mariée soit accouchée et ensuite que l'enfant dont elle est accouchée soit issu des œuvres du mari. Il nous reste à voir comment s'établissent les deux points. Le premier est un fait matériel dont la preuve ne soulève pas de difficultés et a dû être rendue encore plus aisée par l'introduction d'un système d'enregistrement des naissances qui est attribué à Marc-Aurèle, mais qui lui est sans doute antérieur [6]. Quant au second, qui n'est pas au sens propre susceptible de preuve positive, il était, à l'époque très ancienne, normalement tranché par l'arbitraire du mari, qui, ayant un droit égal sur tous les enfants de la femme et n'ayant de devoirs envers aucun d'eux, pouvait accepter (*tollere, suscipere*) ou repousser l'enfant qu'on lui présentait [7]. Et tout était sans doute fini par là, au moins pour le cas d'en-

tenter contre elle des actions infamantes et de l'appeler en justice sans autorisation du magistrat, et, une fois condamnée, elle jouit en face d'eux du bénéfice de compétence.

1. Alexandre Sévère, *C.*, 5, 49, *Ubi pupill. educ.*, 1.

2. Ulpien, *D.*, 43, 30, *De lib. exh.*, 3, 5. Justinien, Nov. 117, c. 7.

3. V. sur le développement de ce droit, Neratius, *D.*, 26, 1, *De tut.*, 18. Théodose et Valentinien, *C.*, 5, 35, *Quando mulier*, 2, et Justinien, *C.*, *h. t.*, 3. Nov. 94.

4. Dioclétien, *C.*, 5, 12, *De jur. dot.*, 14. Ulpien, *D.*. 25, 3, *De agn. lib.*, 5, 14.

5. *Inst.*, 3, 3, *De s. c. Tertul.*, 6. Constitution de Sévère, chez Modestin, *D.*, 26, 6, *Qui pet. tut.*, 2, 2.

6. Attribution à Marc-Aurèle : *Vita Marci*, 9. Existence de pratiques analogues en Afrique au temps d'Hadrien : Apulée, *Apol.*, 89 ; en Egypte à celui d'Antonin le Pieux : diptyque alexandrin de l'an 148, *Textes*, pp. 911-912. V. les documents antérieurs et postérieurs signalés *Textes*, p. 911. — Cf. sur la naissance après la dissolution du mariage, les explications données pp. 166-167.

7. Sur l'acte de *tollere*, *suscipere* (Cicéron, *Ad Att.*, 11, 9, 3. Térence, *Andr.*, 464. Augustin, *De civ. dei*, 4, 11) par opposition à l'exposition des enfants reniés par le père, v. Marquardt, *Vie privée*, 1, pp. 3 et 99, et les rapprochements tirés du droit hindou, du droit germanique et du droit grec, chez Schrader, 2, p. 345. Cf. Declareuil, *Mélanges Girard*, 1, 1912, pp. 325-327.

fant né du vivant du mari. Plus tard, la preuve directe impossible est remplacée par deux présomptions juxtaposées : 1° une présomption scientifique, en vertu de laquelle, les durées extrêmes des grossesses variant entre 180 jours et 300 jours, tout enfant né six mois au moins après le commencement du mariage et dix mois au plus après sa dissolution, est réputé conçu dans le mariage, tandis qu'on considère comme conçu hors du mariage l'enfant né moins de six mois après sa formation ou plus de dix mois après sa dissolution [1] ; 2° une présomption morale en vertu de laquelle l'enfant conçu dans le mariage est réputé l'être des œuvres du mari [2]. Mais on remarquera que le droit romain ne paraît ni écarter ni restreindre la preuve contraire, ni contre la seconde présomption [3], ni même contre la première [4].

§ 2. — L'adoption [5].

L'adoption est une institution destinée à créer artificiellement la *patria potestas.* Son utilité principale, qui fait la retrouver sous des formes très variées dans les milieux les plus divers [6], est de permettre à l'homme qui n'a pas de postérité légitime de s'en ménager une factice, de se procurer ainsi des descendants qui perpétueront son nom et qui surtout lui assureront ce culte domestique considéré dans les conceptions romaines comme constituant une sorte de besoin matériel pour les défunts [7] : or le testament par lequel on institue héritier un étranger qui sera continuateur de la personne, astreint au culte privé, tend bien jusqu'à un certain point au même but; mais l'héritier testamentaire ne prend pas normalement le nom du défunt, et surtout il est libre de répudier l'hérédité ; la fin poursuivie est bien mieux atteinte par l'adoption, qui fait de l'adopté un enfant *in potestate*, comme l'enfant né en mariage, appelé comme lui du nom du père, tenu comme lui de son culte domestique et astreint comme lui à recueillir sa succession. — De

1. Ulpien, *D.*, 38, 16, *De suis et leg.*, 3, 11. 12. Paul, *D.*, 1, 5, *De stat. hom.*, 12.
2. Paul, *D.*, 2, 4, *De in jus voc.*, 5 : *Pater... is est quem nuptiae demonstrant.*
3. Ulpien, *D.*, 1, 6, *De his qui sui*, 6. Cf. Papinien, *D.*, 48, 5, *Ad leg. Jul.*, 12,9.
4. Ulpien paraît dire le contraire pour l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage ; mais nous connaissons, au moins jusqu'au temps d'Hadrien, des décisions concrètes qui ont admis des grossesses plus longues (Pline, *N. H.*, 7, 5, 40. Aulu-Gelle, 3, 16, 12).
5. *Inst.*, 1, 11, *De adoptionibus. D.*, 1, 7, *De adopt. et emancip. C.*, 8, 47 (48), *De adopt.* Cf. Gunnar Bergman, *Beiträge zum römischen Adoptionsrechts*, Lund, 1912 (comptes-rendus de Peters, *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 582-586, et Collinet, *N. R. H.*, 39, 1913, pp. 829-831).
6. Post, *Grundriss*, 1, pp. 99-111. V. en particulier sur le droit grec, Gide et Caillemer, chez Daremberg et Saglio, *Dictionnaire d'antiquités*, v° Adoption. Buecheler-Zitelmann, *Das Recht von Gortyn*, 1885, pp. 60-65, sur le droit hindou, Kohler, *Z. f. vergl. R. W.*, 3, 1881, pp. 408-424, et sur le droit germanique, Viollet, *Hist. du droit français*, p. 585 et ss.
7. V. les textes cités pour Rome par Fustel de Coulanges, *La cité antique*, livre 1, c. 1 et c. 2.

plus, dans une fonction qui dut devenir plus pratique à mesure que le système de la parenté civile se trouva plus en discordance avec les affections, l'adoption peut servir aux ascendants à faire tomber sous leur puissance des descendants que le système artificiel de la famille civile empêche d'y être : certains descendants par les mâles, tels que le petit-fils né d'un fils émancipé après l'émancipation, tels à l'inverse que les enfants d'un fils resté sous la puissance de son père au moment où il a été émancipé par ce dernier ; tous les descendants par les femmes ; tous les descendants nés hors mariage. — Enfin l'adoption a aussi été utilisée à Rome pour atteindre certains résultats d'ordre politique, ainsi pour faire acquérir le droit de cité à des Latins [1], pour transformer des plébéiens en patriciens [2] ou des patriciens en plébéiens [3], puis, sous l'Empire, pour préparer la transmission du pouvoir [4]. On la distingue en adoption proprement dite ou en adrogation, selon qu'elle porte sur un *alieni juris* ou un *sui juris* [5], et l'adrogation, qui a des effets plus graves que l'adoption, a aussi des conditions plus rigoureuses tant au point de vue du fond qu'à celui des formes. Nous pourrons cependant étu-

1. V. p. 180, n. 3.

2. L'adoption donnera alors au plébéien devenu praticien tous les avantages, plus considérables à mesure qu'on remonte dans le passé, qui résultent de cette qualité. Nous en avons déjà un exemple dans le consul patricien de l'an 575, L. Manlius Acidinus Fulvianus, fils d'un Fulvius et frère par le sang de son collègue plébéien (Fastes du Capitole ; Velleius, 1, 8, 2).

3. L'adoption permettra notamment au patricien devenu plébéien d'être tribun de la plèbe. L'exemple historique le plus célèbre est l'adrogation de Clodius en 695 par le plébéien Fonteius. La seule difficulté, pour laquelle le cas de Clodius est précisément le mieux connu, est de savoir si en outre un patricien ou une famille patricienne ne pouvait pas, sans adoption, abdiquer directement le patriciat dans certaines formes par voie de *transitio ad plebem*. D'après certains, la *transitio ad plebem* ne serait autre chose que l'adoption d'un patricien par un plébéien (suivie d'une émancipation immédiate, d'après Lange, *Transitio ad plebem*, Leipzig, 1864). D'après d'autres (Mommsen, *Römische Forschungen*, 1, 1864, pp. 123-127. 399-411. *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 153-155), c'est un acte distinct qui, à la différence de l'adoption, laisserait le personnage garder son nom de famille. L'histoire de Clodius qui avait d'abord tenté une *transitio* en 694 (Dion, 37, 51. Cicéron, *Ad Att.*, 1, 18, 4), puis se fit adopter en 695 (Dion, 38, 12. Suétone, *Caes.*, 20), est plus favorable à la distinction.

4. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 5, p. 450. Cette adoption, destinée à permettre au prince de se désigner une sorte d'héritier présomptif, ne fut plus, à partir d'une certaine époque, qu'un acte politique, indépendant des formes de l'adoption ordinaire et n'en produisant pas les effets. Mais, à l'origine, c'était une véritable adoption faite dans les formes ordinaires et produisant toutes les conséquences ordinaires. Ainsi Suétone, *Aug.*, 64, rapporte l'adoption de Gaius et de Lucius par Auguste comme ayant eu lieu dans la forme des adoptions privées. Ainsi Suétone, *Aug.*, 65-66, et Tacite, *Ann.*, 12, 26, disent, pour les adoptions de Tibère par Auguste et de Néron par Claude, qu'elles eurent lieu dans les formes de l'adoption des *sui juris*, de l'adrogation, et Suétone, *Tib.*, 15, dit qu'après avoir été adopté par Auguste, Tibère se conduisit en tout comme un fils en puissance.

5. Modestin, *D.*, 1, 7, *De adopt.*, 1, 1 : *Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui juris sunt*. Gaius, 1, 99.

dier simultanément les deux institutions en prenant successivement les conditions de forme, les conditions de fond et les effets de l'adoption.

I. Formes. Adrogation. Adoption. Adoption testamentaire. — L'adoption, destinée à atteindre un résultat artificiel, suppose toujours l'emploi d'un certain procédé et même un certain concours de la puissance publique. Mais ce concours n'émane pas de la même autorité et n'a même pas le même caractère dans l'adoption et dans l'adrogation.

1. Dans l'adrogation, le concours de la puissance publique est actif. C'est elle qui réalise l'adrogation. L'adrogation est, comme le testament primitif, une loi spéciale dérogeant à la loi générale de la famille et elle est, comme lui, votée par les plus anciens comices, par les comices par curies. Elle est précédée d'une enquête faite par les pontifes ; puis, si l'enquête est favorable, les comices sont réunis, probablement par le grand pontife, et on demande successivement à l'adrogeant, à l'adrogé et au peuple, s'ils consentent à l'acte, qui, en cas d'affirmative, est probablement accompagné d'un autre vote des curies déclarant l'adrogé étranger à son ancien culte domestique (*detestatio sacrorum*) [1].

Le vote du peuple devint illusoire à mesure que les citoyens ne se rendirent plus aux comices par curies et y furent représentés par les trente licteurs ; mais cela n'empêchait pas le contrôle des pontifes de rester parfaitement sérieux et l'adrogation subsista théoriquement sous cette forme jusqu'au temps de Dioclétien [2]. Ce dernier ne fit que tirer les conséquences du déplacement du pouvoir en déclarant que l'adrogation devrait être faite par un rescrit du prince, à la fois législateur et chef de la religion. Et c'est le système du temps de Justinien, dans lequel elle dépend donc encore d'une permission de l'autorité [3].

2. L'adoption proprement dite exige bien aussi le concours sinon du pouvoir législatif, au moins de la puissance publique. Elle a lieu, dit Gaius [4], *imperio magistratus* ; mais ce concours n'est point un contrôle.

1. Aulu-Gelle, 5, 19, 4-6. 8. 9. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 41-42. 3, pp. 42-43. C'est probablement à cette forme d'adoption que se rapporte la médaille portant au droit le mot *adoptio* et au revers le mot *collegium* décrite *C. r. de l'Acad. des inscr.*, 1893, p. 556.

2. Non seulement elle est indiquée comme encore en vigueur, par Gaius, 1, 99. 100, qui dit qu'elle se fait *populi auctoritate* et par Ulpien, qui dit, *Reg.*, 8, 2, qu'elle a lieu *per populum* ; mais son maintien théorique est constaté par Dioclétien qui, en établissant un procédé nouveau, *C.*, 8, 47 (48), *De adopt.*, 2, dit que l'adrogation ainsi faite aura la même efficacité *ac si per populum jure antiquo facta esset*.

3. *C.*, 8, 47 (48), *De adopt.*, 2 ; 6. Cependant des formes analogues à celles admises par Justinien pour l'adoption des *alieni juris* (p. 177, n. 3) ont été illégalement suivies dès auparavant pour l'adoption des *sui juris*, d'après un papyrus de l'an 381 (Mitteis, *Chrestom.* 363 ; commentaire *Grundzüge*, pp. 274-275) qui en atteste l'emploi et d'après une constitution de Dioclétien, de 290, *C.*, *h. t.*, 4, qui le condamne.

4. Gaius, 1, 98. 99.

Il est purement passif. Il est une conséquence pour ainsi dire fortuite de la nature de l'expédient inventé par la pratique pour atteindre le résultat désiré par elle, du cérémonial auquel elle a imaginé de recourir pour cela. Ce cérémonial se décompose en deux ordres d'opérations : 1° les opérations qui ont pour but d'éteindre la *patria potestas* chez celui qui donne son enfant en adoption ; 2° celles qui ont pour but de la faire naître chez l'adoptant.

a) Pour éteindre la *patria potestas*, on utilise la règle des XII Tables, selon laquelle celui qui mancipe trois fois son fils perd sur lui la puissance [1] et l'interprétation restrictive selon laquelle celui qui mancipe une fois un autre descendant, fille ou petit-fils, la perd également. Le fils sera mancipé une première fois à une personne qui l'affranchira ; le père, en la puissance duquel il sera retombé par l'affranchissement, le mancipera de nouveau ; il sera affranchi de nouveau ; puis le père le mancipera une troisième fois, de manière que sa puissance soit éteinte par les trois mancipations. Et on fera aussi une mancipation pour l'éteindre sur les autres descendants. Mais, après la troisième mancipation pour le fils, après la mancipation unique pour un autre descendant, on ne passera pas à l'affranchissement pour ce dernier, au troisième affranchissement pour le premier ; car cela aurait pour résultat de le rendre *sui juris* et non de le faire changer de père, d'en faire un émancipé et non un adopté.

b) On passera alors à l'opération destinée à faire naître la puissance sur la tête de l'adoptant et qui n'est autre que l'emploi d'un procédé que nous avons déjà vu et que nous verrons encore servir à créer un droit nouveau en ayant l'air de constater un droit préexistant. On fera une *in jure cessio*. Celui qui veut adopter se présente devant le magistrat avec celui qui a l'enfant *in mancipio* et fait semblant de revendiquer l'enfant comme son fils, d'intenter la *vindicatio filii*. L'autre ne contredit pas, *cedit in jure*. Et le magistrat ne peut que donner acte de la chose. Il y a seulement à faire deux observations : 1° Dans la notion romaine, ce procès simulé ne peut pas, comme il nous semblerait naturel, s'ouvrir directement entre le père naturel et le père adoptif ; il ne peut avoir lieu qu'après la première opération, quand la *patria potestas* a été éteinte et remplacée par la *causa mancipii*. 2° Il faudra donc normalement le concours d'un tiers, auquel l'ancien *paterfamilias* donnera l'enfant *in mancipio* et duquel le *paterfamilias* nouveau le revendiquera, mais Gaius indique un procédé pour se passer de ce tiers ; c'est de partager son rôle entre l'adoptant et le père naturel. Le père naturel fera les trois mancipations à l'adoptant qui fera aussi les deux premiers affranchissements ; puis, après la troisième mancipation, l'adoptant transférera

1. XII Tables, 4, 2.

par mancipation l'enfant au père naturel qui, l'ayant désormais *in mancipio* et non plus *in patria potestate*, jouera le rôle de défendeur à l'*in jure cessio*. Ce procédé[1] exige une formalité de plus : la mancipation faite par l'adoptant au père naturel. Mais Gaius l'indique comme plus commode, sans doute parce qu'il dispense du concours d'un comparse[2].

Justinien supprima ces conditions et décida qu'il suffirait pour l'adoption d'un *alieni juris* que les deux pères de famille se présentassent avec l'enfant devant un magistrat dont le greffier dresserait acte de l'adoption[3]. L'adoption, qui n'avait été d'abord qu'une pratique presque abusive, inventée par la subtilité des jurisconsultes, mais dont le fonctionnement même avait habitué les esprits à l'idée qu'un père de famille peut transférer sa *patria potestas* à un autre, devient alors franchement une institution légale, l'exercice d'un droit opéré sans subterfuge, par voie de déclaration à l'autorité. Seulement on remarquera que Justinien n'a pas pour cela modifié le caractère purement passif du concours du magistrat.

3. Entre l'adrogation et l'adoption, des documents assez nombreux nous signalent, depuis le dernier siècle de la République[4], une autre adoption que les textes juridiques ne mentionnent pas. C'est l'adoption testamentaire, dont le caractère est discuté. Suivant une doctrine, ce serait une véritable adrogation ; elle présenterait seulement cette particularité de forme que la déclaration orale de l'adrogeant y serait représentée par la manifestation de volonté contenue dans son testament et cette particularité de fait que, se réalisant forcément après le décès de l'adrogeant, elle ne ferait pas naître pratiquement la *patria potestas*, et ce serait même pour cela qu'elle ne serait pas désignée du nom d'adrogation ; mais, pour le reste, elle produirait les effets de l'adrogation ordinaire, notamment en faisant entrer l'adopté en qualité de fils de l'adoptant dans la famille de celui-ci, et elle se ferait dans les formes ordinaires de l'adrogation, par une loi curiate[5]. Suivant une autre opinion, ce serait une simple institution d'héritier sous la condition de

1. C'est suivant Suétone, *Aug.*, 64, le procédé par lequel Auguste adopta Gaius et Lucius, *per assem et libram emptos a patre Agrippa*, et par conséquent ensuite remancipés à Agrippa avant la revendication simulée de l'adoptant et l'*in jure cessio* d'Agrippa. Cf. Girard, *Z. S. St.*, 34, 1913, p. 312, n. 1, *in fine*.

2. Gaius, 1, 134 (lu plus complètement par Studemund). Interprétation différente dans Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, p. 244.

3. *C.*, *h. t.*, 11, résumé *Inst.*, *h. t.*, 8. Cf. p. 175, n. 3 et le *P. Oxy*, IX, 1206, appliquant en l'an 335 à l'adoption des *alieni juris* les formes déjà signalées p. 175, n. 3, pour l'adrogation des *sui juris*.

4. L'exemple le plus ancien qui soit connu est celui de l'adoption par L. Crassus mort en 663 du fils de sa fille (Cicéron, *Brut.*, 58, 212) ; le plus connu est celui de l'adoption d'Octave par César.

5. C'est l'opinion soutenue par Mommsen, dans son *Etude sur Pline le Jeune*, 1873, pp. 36-42, et *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 42-43. Cf. A. Lefas, *N. R. H.*, 1897, pp. 721-763.

prendre le nom du testateur, désignée abusivement du nom d'adoption[1]. A notre sens, c'était, dans les derniers temps de la République, une véritable adrogation sanctionnée par une loi curiate, dont l'institution d'héritier sous la condition de prendre le nom n'a été qu'un succédané récent, rendu possible seulement sous l'Empire par la liberté plus grande du système des noms[2].

II. Condition de fond de l'adoption. — Autant par suite de leur mécanisme différent que par suite de la gravité inégale de leurs conséquences, l'adrogation et l'adoption ne sont pas soumises aux mêmes conditions. Il y en a de communes, il y en a de propres à l'adrogation.

A. *Conditions communes à l'adoption et à l'adrogation.* — L'adoption au sens large résultant d'un concours de volontés destiné à produire artificiellement la puissance qui résulte naturellement du mariage est par là même soumise à trois ordres de conditions, auxquels le droit nouveau en a ajouté un quatrième.

1. Il faut d'abord, pour une adoption quelconque, un accord de volontés entre ceux qui y procèdent, c'est-à-dire entre l'adrogeant et l'adrogé pour l'adrogation, entre le père naturel et le père adoptif pour

1. Cette doctrine a été défendue d'une manière très complète par M. Henry Michel, *Droit de cité romaine*, 1885, pp. 240-297. Voir l'énumération d'autres systèmes dans Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1. pp. 246-249.

2. En réalité, il y a des témoignages sur des adoptés testamentaires qui ont pris le nom sans changer de famille, sans notamment se désigner dans leur nom comme le fils de l'adoptant (Livie, qui, après avoir été adoptée par Auguste, s'appelle toujours *Drusi f.* : *C. I. L.*, IX, 4514, par ex. ; Pline le Jeune, qui, après avoir été adopté par son oncle C. Plinius Secundus, s'appelle toujours *L. f.* : *C. I. L.*, V, 5262, par ex. ; son contemporain Lucanus qui après avoir été adopté par Cn. Domitius Afer s'appelle toujours *Sex. f.*: *C. I. L.*, XI, 5210) et, en sens inverse, il y en a qui montrent l'adopté se disant le fils de l'adoptant (Auguste, *Divi f.* : fastes triomphaux sur l'an 714 ; Atticus appelé par Cicéron, *Ad Att.*, 3, 20, *Q. Caecilius. Q. f.*, après avoir été adopté par son oncle maternel Q. Caecilius ; le consul de 702, fils d'un P. Cornelius Scipio, appelé après son adoption *Q. Caecilius, Q. f., Metellus* : inscription de Pergame reproduite *N. R. H.*, 1897, p. 733, confirmant Cicéron, *Ad fam.*, 8, 8, 5.6), et il y a au moins un exemple qui montre l'adoption testamentaire faite par une loi curiate : c'est celui de l'adoption testamentaire d'Octave par son oncle maternel Jules César (Appien. *B. c.*, 3, 14 ; Dion, 45, 5). La question est de savoir s'il faut considérer, avec M. Mommsen, la simple attribution testamentaire du nom à l'héritier institué comme une dégénérescence récente de l'institution ou si l'on doit au contraire considérer la loi attestée pour Octave comme quelque chose de tout à fait exceptionnel, ainsi que fait M. Henry Michel qui essaie en même temps d'écarter les autres témoignages sur le changement de filiation ; de savoir en somme si la loi curiate et le changement de filiation, que nous regardons comme les points juridiquement essentiels, rentrent ou non parmi les éléments normaux de l'adoption testamentaire. Or rien n'indique que le cas d'Octave, qui est même l'exemple le mieux connu que nous ayons d'adoption testamentaire, soit quelque chose d'exceptionnel ; d'autre part et surtout, le changement de filiation nous est expressément attesté, non seulement pour lui, mais pour une notable portion des adoptés testamentaires les plus anciens. L'adoption testamentaire nous apparaît donc comme ayant été, avant la décadence marquée par l'Empire, une variété d'adrogation.

l'adoption. Cela résulte des formes mêmes des deux actes. Justinien exige en outre, pour le second, que l'enfant ne s'y oppose pas [1]. Mais c'est probablement une innovation [2]. Au contraire, il fallait dès auparavant à l'adoptant l'assentiment de son fils pour adopter un autre individu en qualité de petit-fils de ce fils ; car il ne peut lui donner d'héritier sien malgré lui [3].

2. L'adoption, mode d'acquérir la *patria potestas*, ne peut servir qu'à créer cette puissance au profit d'une personne susceptible de l'avoir. Elle ne peut donc ni servir à former une autre parenté [4], ni fonctionner au profit d'une personne incapable d'avoir la *patria potestas*, comme sont les femmes et les pérégrins. On remarquera seulement que les pérégrins, qui ne peuvent faire des adoptions romaines, peuvent, d'après leurs lois nationales, faire des adoptions régies par ces lois nationales [5], et pour les femmes, qu'un développement, qui remonte probablement à l'adoption testamentaire de la fin de la République, leur permit de faire avec l'autorisation du prince des adoptions simplement génératrices des liens de parenté [6].

3. L'adoption, qui imite la nature, ne doit pas intervenir dans des circonstances où il serait trop choquant d'admettre que l'adopté fût le fils de l'adoptant. En partant de là, on exclut l'adoption faite par un castrat, l'adoption faite par un individu qui n'a pas un certain âge de plus que l'adopté — 18 ans sous Justinien [7]. — Mais l'idée n'a pas été poussée à ses conséquences dernières : on peut adopter, tout en étant atteint d'impuissance naturelle ; on peut adopter sans être marié ; on

1. *C.*, *h. t.*, 11.
2. Celse, *D.*, *h. t.*, 5 : *In adoptionibus eorum dumtaxat qui suae potestatis sunt voluntas exploratur* et la suite directement contradictoire, sans doute ajoutée par les compilateurs. V. cependant *C.*, *h. t.*, 10, *pr.*, *in fine*.
3. *Inst.*, *h. t.*, 7.
4. Dioclétien, *C.*, 6, 24, *De her. inst.*, 7 : *Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat.* V sur la fraternité d'adoption assez étrangement exclue là *même chez les pérégrins* par Dioclétien, Post, *Grundiss*, 1, pp. 93-99 ; Viollet, *Hist. du Droit*, p. 525, et leurs nombreux renvois.
5. Cicéron, *Ad fam.*, 13, 19, 2 : *Patrensium legibus adoptavit.*
6. L'adoption testamentaire paraît déjà avoir été ouverte aux femmes : il y en a peut-être un exemple dans Cicéron, *Ad Att.*, 7, 8, pour son gendre Dolabella et il y en a certainement un dans Suétone, *Galb.*, 4, pour le futur empereur Galba qui fut adopté par la femme de son père. Cela se concilie avec le système où cette adoption n'est qu'une institution d'héritier, sous condition de prendre le nom ; mais cela se concilie aussi avec celui où c'est une variété d'adrogation, qui alors ferait entrer l'adopté dans la famille de la femme à un rang fixé par la loi confirmative. C'est l'effet qu'ont les adoptions permises par rescrit du prince, depuis Dioclétien, aux femmes ayant perdu leurs enfants : *C.*, *h. t.*, 5. Cf. pourtant Lefas, *N. R. H.*, 1897, p. 750 et ss.
7. *Inst.*, *h. t.*, 4 ; 9. Cicéron, *Pro domo*, 14, critique déjà l'adoption de Clodius par Fonteius qui était plus jeune que lui ; mais Gaius indique encore, 1,106, la règle comme controversée. V. aussi *D.*, *h. t.*, 37, 1, la prohibition d'adoptions réitérées de la même personne.

peut adopter un individu à titre de *nepos* sans le rattacher à son fils (par exemple pour se passer de l'assentiment de celui-ci), sans avoir de fils (ce qui aura intérêt pour les règles de l'émancipation et de l'exhérédation)[1].

4. Enfin le droit byzantin admet quelques incapacités d'être adopté, inconnues ou tout au moins contestées dans le droit antérieur : celle des enfants issus du concubinat que leur père n'était pas empêché d'adroger avant Justin[2] et celle des esclaves et des pérégrins qui pouvaient anciennement être sinon adrogés, au moins adoptés par des citoyens[3].

B. *Conditions propres à l'adrogation.* — Les conditions spéciales à l'adrogation peuvent se ramener à deux idées : à la forme dans laquelle se faisait anciennement l'adrogation, au contrôle de l'autorité publique auquel elle a toujours été soumise.

L'adrogation, se faisant, anciennement, par une loi curiate, ne pouvait avoir lieu qu'à Rome ; car les comices par curies ne se réunissent qu'à Rome, et elle ne pouvait porter ni sur les femmes ni sur les impubères ; car ni les femmes ni les impubères n'avaient accès dans ces comices[4]. Mais ces obstacles de forme cessèrent d'exister quand l'adrogation se fit par un rescrit du prince et ils n'eurent plus de raison d'être, depuis que le concours des curies fut devenu purement nominal. L'adrogation provinciale et celle des femmes sont permises sous Dioclétien[5], celle des impubères l'avait été par Antonin le Pieux[6].

Les restrictions qui se rattachaient au contrôle de l'autorité furent

1. *D.*, *h. t.*, 30 ; 37, *pr. Inst.*, *h. t.*, 5. 9.
2. *C.*, 5, 27, *De nat. lib.*, 7.
3. Selon la paraphrase attribuée à Théophile, il n'est pas permis d'adopter les esclaves et il en était sans doute alors ainsi depuis longtemps ; mais, suivant Masurius Sabinus, qui critiquait, d'ailleurs, déjà cette doctrine, la plupart des anciens auteurs admettaient qu'ils pouvaient être donnés en adoption par leurs maîtres (Aulu-Gelle, 5, 19, 11) et Caton admettait qu'ils pouvaient être adoptés par eux (*Inst.*, *h. t.*, 12). Le procédé n'est même pas, croyons-nous, difficile à apercevoir : ce devait être une *in jure cessio* faite par le maître sur la *vindicatio filii* intentée par l'adoptant, dans le premier cas ; une mancipation faite à un compère, puis une *vindicatio* de l'esclave comme fils faite par l'ancien maître et une *in jure cessio*, dans le second. — Quant aux pérégrins, ils ont dû rationnellement pouvoir être adoptés par les Romains aussi longtemps et seulement aussi longtemps que l'adoption des esclaves a été permise : il suffisait que le pérégrin passât sous la puissance dominicale d'un Romain complice qui en faisait ensuite *in jure cessio* à l'adoptant Romain. — La situation des Latins est tout autre. Jusqu'à certaines lois politiques destinées à combattre le dépeuplement du Latium (p. 113, n. 1), ils ont certainement pu donner leurs enfants en adoption aux Romains dans les formes romaines, la mancipation étant possible entre eux et faisant alors passer l'enfant *in mancipio*, et ils ont probablement pu se donner en adrogation aux Romains dans les formes romaines, en vertu de leurs accès aux comices. V. Tite-Live, 41, 8, et le commentaire de Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 252, note 1.
4. Gaius, 1, 100-102. Aulu-Gelle, 5, 19, 10. Les plébéiens ont dû aussi en être exclus, tant qu'ils l'ont été des comices par curies.
5. Dioclétien, *C.*, *h. t.*, 6 ; 8.
6. Gaius, 1, 102.

beaucoup plus durables et durent même se préciser avec le temps. L'autorité, qui a sur l'adrogation un pouvoir discrétionnaire qu'elle n'a pas sur l'adoption, et qui est d'ailleurs incitée à en user par les conséquences particulièrement graves que peut avoir l'adrogation, ne l'autorise que dans certaines conditions exigées par elle soit dans l'intérêt public, soit dans l'intérêt des tiers, soit dans celui des parties. — Ainsi, dans l'intérêt public, pour empêcher que l'adrogation n'écarte du mariage, elle ne l'autorise pas en principe si l'individu qui veut adroger n'a pas soixante ans [1]. Ainsi, pour protéger les héritiers présomptifs de l'adrogeant, elle ne la permet que s'il n'a pas d'enfants, ni de son mariage, ni d'adoptions antérieures [2]. Pour protéger les héritiers présomptifs de l'adrogé, elle ne permet pas à l'affranchi de se donner en adoption à un autre qu'à son patron [3], tout au moins sans le consentement de celui-ci. Pour protéger à la fois l'adrogé et ses héritiers présomptifs, on ne permet pas au mineur de 25 ans de se donner en adrogation à son ex-tuteur ou curateur, ni, prétend un texte, depuis Claude, à un autre sans le concours d'un curateur [4]. Enfin et surtout, si l'adrogé est un impubère, l'adrogation est, depuis qu'elle est permise, soumise, dans l'intérêt de lui et de ses héritiers, à des règles spéciales posées notamment dans un rescrit d'Antonin le Pieux aux pontifes. En dehors de l'adhésion des tuteurs et de l'enquête ordinaire, qui devra porter spécialement sur les motifs de l'adrogation et ses avantages pour l'enfant, le trait original du système réside dans des mesures destinées à écarter chez l'adrogeant toute velléité de calcul intéressé, toute espérance de garder ou de transmettre les biens de l'adrogé si l'adrogation finit avant sa puberté [5]. Leur retour à l'adrogé ou à sa famille d'origine est assuré pour tous les cas, soit pour le cas du décès de l'adrogé où ils retourneront à sa famille, soit pour le cas d'émancipation ou de décès de l'adrogeant, où ils reviendront à l'adrogé lui-même. Quant au procédé par lequel est atteint ce résultat, c'est certainement, pour le premier cas, une promesse garantie par des cautions, que l'adrogeant fait, d'une façon techniquement peu régulière, à un tiers, de rendre tout le patrimoine aux héritiers présomptifs si l'adrogé meurt *ante pubertatem*, et c'est peut-être aussi, pour le second et le troisième, une promesse semblable faite par lui de les rendre à l'adrogé, si lui-même meurt ou l'émancipe avant l'expiration de ce délai [6].

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 15, 2.
2. *D.*, *h. t.*, 17, 3.
3. *D.*, *h. t.*, 15, 3.
4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 17, *pr.* Modestin, *D.*, *h. t.*, 8 (v. les observations de Pernice, *Labeo*, 1, p. 230). Le mineur lésé par l'adrogation aurait en outre contre elle la restitution *in integrum* qui sera étudiée plus loin.
5. Gaius, 1, 102, *Inst.*, *h. t.*, 3. V. pour les détails, Accarias, 1, nº 112.
6. Le contrat verbal est le procédé ordinaire employé par les Romains quand

III. Effets de l'adoption. — Il faut encore ici distinguer les effets généraux communs à l'adoption et à l'adrogation et les effets propres à l'adrogation. Mais il faut en outre distinguer le droit de Justinien et le droit antérieur.

A. *Époque antérieure à Justinien.* — 1. *Effets communs à l'adrogation et à l'adoption.* L'effet général de toute adoption, quelle qu'elle soit, est de faire l'adopté changer de famille, passer de sa famille originaire dans celle de l'adoptant.

a) Il entre dans la famille de l'adoptant, comme descendant au degré fixé par l'adoption, par exemple comme fils de l'adoptant, non seulement en face de lui, mais en face de tous ses parents civils. — En face de lui il tombe *in patria potestate*, comme s'il avait été procréé par lui en mariage [1]. Il prend son nom plus ou moins complet, notamment son gentilice, comme l'enfant né en mariage, et, comme lui, il s'appelle son fils dans la portion du nom total où est indiquée la filiation. Le consul patricien de 575, qui était comme son collègue plébéien, fils d'un plébéien nommé *Q(uintus) Fulvius* et qui avait été adopté par un patricien nommé *L(ucius) Manlius Acidinus*, est appelé par les Fastes du Capitole *L(ucius) Manlius, L(ucii) f(ilius), Acidinus* [2]. Il prend son culte privé ; il prend aussi sa condition, au moins dans l'ancien droit. D'une manière générale, il tombe *in patria potestate* comme s'il avait été procréé en justes noces, il a les mêmes espérances successorales, il est soumis à la même autorité. En face de la famille de l'adoptant il devient le gentil de tous les gentils de l'adoptant, l'agnat de tous ses agnats, et, comme l'agnation implique cognation, en devenant leur agnat il devient leur cognat [3]. Seulement ce lien, soit quant à l'adoptant, soit quant à sa fa-

ils veulent faire naitre à la charge de quelqu'un une obligation éventuelle. Mais l'usage en présentait ici des difficultés propres aussi bien en vue de la restitution aux héritiers que de celle à l'enfant. Il était pour les deux cas impossible de trouver quelqu'un à qui faire faire une promesse régulière ; car, si elle était faite à l'enfant, la créance devait passer, au moment de l'adrogation, sur la tête du promettant, par conséquent s'éteindre par confusion, et il était également impossible de la faire recevoir par les héritiers, puisque c'était seulement au moment de la mort de l'enfant qu'on pouvait savoir qui ils auraient été sans l'adrogation. Le droit romain ne s'est pas arrêté à la difficulté pour les héritiers, qu'il a considérés comme rendus créanciers par une promesse faite d'abord à un *servus publicus* et plus tard au *tabularius* local (*D.*, *h. t.*, 18 ; *Inst.*, *h. t.*, 3). Quant à l'enfant, les textes sont moins clairs ; mais nous sommes porté à croire que la promesse visait à la fois les trois cas de prédécès de l'enfant, d'émancipation et d'exhérédation ; car, sans cela, la créance accordée à l'enfant dans les deux derniers cas n'aurait pas la garantie de cautions ; le laconisme des textes peut s'expliquer par le fait que l'émancipation *ante pubertatem* était rare et qu'au cas de décès de l'adrogeant, l'impubère avait droit à tous ses biens, comme héritier unique, à moins d'exhérédation. En sens contraire, Accarias, *loc. cit.*

1. *Inst.*, *h. t.*, 8.

2. V. sur les noms de l'adopté, H. Michel, *Droit de cité*, pp. 227-240.

3. Paul, *D.*, *h. t.*, 23 : *His quibus adgnascitur et cognatus fit, quibus vero non adgnascitur nec cognatus fit.* M. Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, p. 245, conteste que

mille, n'existe qu'au point de vue civil ; par conséquent, l'adopté, qui devient l'agnat et le cognat de tous les agnats de l'adoptant, ne devient pas le cognat de ses cognats et si le lien civil vient à être rompu, par une émancipation par exemple, il cessera à la fois d'être l'agnat et le cognat des parents de l'adoptant et de l'adoptant lui-même [1].

b) A l'inverse, il sort de sa famille civile ; car on ne peut être à la fois de deux familles civiles. Il perd son ancien culte privé ; au cas d'adoption proprement dite, il cesse d'être *in patria potestate,* et par conséquent il cesse d'être *heres suus* de son père ; il cesse toujours d'être l'agnat de ses agnats ; il sort de sa *gens* et par suite il ne porte plus son ancien nom de famille, il ne le garde que modifié, à titre subsidiaire, comme surnom terminé par une finale nouvelle et mis à la fin du nom complet : le consul de tout à l'heure ne s'appelle plus *Fulvius* après son adoption, mais *L. Manlius Acidinus Fulvianus.* Au point de vue civil, du cercle le plus étroit au cercle le plus large, l'adopté est étranger à son ancienne famille.

Mais il n'en est ainsi qu'au point de vue civil. Au point de vue naturel, le lien subsiste. S'il cesse d'être l'agnat, le gentil des parents du sang, il reste leur cognat [2]. Et cette cognation, qui anciennement ne produisait pas beaucoup d'effets, en a, comme on sait, produit toujours de plus considérables. Pour ne prendre qu'un exemple, le préteur appelle, en dépit de l'émancipation, l'émancipé à recueillir la succession de l'ascendant émancipateur. En principe, il n'étend pas la même faveur à l'enfant donné en adoption ; car, si ce dernier a perdu une famille, il en a gagné une : il est héritier présomptif de l'adoptant ; mais, s'il a été émancipé par l'adoptant avant la mort de son père, si par conséquent il n'est plus d'héritier présomptif de l'adoptant, le préteur accorde à l'adopté émancipé par l'adoptant le droit de venir à la succession de son père naturel, comme s'il avait été simplement émancipé par lui. Il n'y a qu'un cas où il perdra à la fois les deux successions, c'est celui où son

l'adopté entre dans la *gens* de l'adoptant. M. Mommsen, *Etude sur Pline le Jeune,* p. 36, n. 1, admet au contraire logiquement qu'il prend même sa tribu.

1. Il perdra donc tous ses droits éventuels à la succession de l'adoptant et des parents de l'adoptant. Il n'y a qu'un cas où il garderait, croyons-nous, malgré l'émancipation, un droit sur les biens de l'adoptant. C'est celui du sénatus-consulte *Afinianum* (et non *Sabinianum*) qui nous est connu seulement par Justinien, *Inst.*, 3, 1, *De her. quae ab intest.*, 14 ; *C.*, *h. t.*, 10, 3. En vertu de ce sénatus-consulte que Justinien a abrogé, l'enfant adopté *ex tribus maribus*, c'est-à-dire donné en adoption par un père ayant trois enfants, paraît avoir gardé, malgré l'émancipation, un droit au quart des biens du père adoptif (*quarte Afinienne*), pour des motifs mal connus, à titre d'indemnité des droits successoraux que l'adoption lui a fait perdre au regard de ses deux frères, a-t-on dit par exemple. Autres interprétations chez Cuq, *Institutions*, 2, p. 118, n. 1 et Gunnar Bergman, pp. 76-98.

2. Modestin, *D.*, 38, 10, *De grad.*, 4, 10 : *Quascumque cognationes adfinitatesque habuit retinet, adgnationis jura perdit.*

père naturel sera déjà mort quand il sera émancipé par l'adoptant. Par cette émancipation, il perd, même *jure praetorio*, tout droit sur la succession future de l'adoptant et le préteur ne lui en rend pas sur celle déjà liquidée de son père. Partout ailleurs il ne perdra l'espérance de la succession de l'adoptant que pour recouvrer celle de la succession de son père. C'est là l'exemple le plus saillant des avantages que l'adopté peut tirer du lien naturel qui le relie à son ancienne famille. Il y en a beaucoup d'autres qui le font jusqu'à un certain point rester pratiquement dans son ancienne famille tout en entrant dans la nouvelle [1].

2. *Effets propres de l'adrogation.* L'adrogation produit tous les effets généraux de l'adoption. Mais, en outre, portant sur un individu *sui juris*, qui a un patrimoine, qui peut avoir des enfants *in potestate*, elle produit deux effets spéciaux qui constituent sa gravité propre. D'abord, tandis que les enfants de l'individu donné en adoption restent dans la famille du père naturel qui les a sous sa puissance, les enfants de l'adrogé, qui sont sous la puissance de celui-ci, passent avec lui sous la puissance de l'adrogeant [2]. L'adrogé est sous la *patria potestas* de l'adrogeant, comme s'il était né de son mariage ; or, s'il était né de ce mariage, ses enfants seraient sous la puissance de l'adrogeant qui serait leur grand-père. Ensuite ses biens passent à l'adrogeant et pour la même raison : s'il était né du mariage de l'adrogeant, il n'aurait pas de patrimoine propre ; il aurait acquis pour son *paterfamilias*, sauf les atténuations du droit impérial : son patrimoine va, sauf les mêmes restrictions, s'engloutir dans celui de l'adrogeant [3].

De ces deux effets de l'adrogation, le second seul peut se produire pour l'adrogation d'un impubère. Mais nous avons vu que, toutes les fois que l'adrogation finit *ante pubertatem*, l'adrogeant doit rendre à l'adrogé ou à ses héritiers les biens qu'elle lui a fait acquérir. Nous ajouterons ici qu'au cas de dissolution par la mort de l'adrogeant ou par émancipation *ante pubertatem*, l'adrogé a de plus droit, en vertu du rescrit d'Antonin le Pieux, au quart des biens propres de l'adrogeant (*quarte Antonine*), lorsque l'adrogeant l'a émancipé sans cause ou l'a exhérédé dans son testament [4].

B. *Droit de Justinien.* — Justinien n'a pas modifié à proprement par-

1. On peut rattacher à ce maintien partiel des liens de famille de l'adopté le phénomène en vertu duquel, sous l'Empire, où le système des noms est devenu moins rigoureux, l'adopté garde souvent tout simplement son ancien nom de famille à côté du nouveau. Cela constitue, au bout de quelques adoptions ou de quelques générations, des noms à cinq ou six gentilices alors assez fréquents chez les grands personnages et qui auraient été des monstruosités dans le droit ancien. V H. Michel, p. 238. Cagnat, *Cours d'épigraphie*, pp. 74-76. Mommsen, *Etude sur Pline le Jeune*, pp. 43-51.

2. Modestin, *D.*, *h. t.*, 40.

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 15, *pr*

4. *Inst.*, *h. t.*, 3.

ler les règles de l'adrogation. Les effets en ont été atténués quant aux biens par la modification des règles sur l'aptitude des personnes en puissance à avoir un patrimoine propre : les personnes qui tombent en puissance garderont comme pécules castrens, quasi-castrens, ou comme biens adventices les biens qui auraient constitué des pécules castrens, quasi-castrens ou des biens adventices, si elles avaient été en puissance auparavant. Mais ce n'est pas là une dérogation aux règles de l'adrogation, c'est l'application pure et simple de ces règles et elles restent en pleine vigueur soit pour l'adrogation ordinaire, soit aussi, peut-on remarquer, pour l'adrogation des impubères [1].

Au contraire Justinien a profondément remanié les effets de l'adoption [2]. Il a, dit-on, distingué deux sortes d'adoptions : l'*adoptio minus plena*, qui est la règle et où l'adopté ne sort pas de sa famille d'origine, dont le seul effet est de lui donner un droit de succession ab intestat en face de l'adoptant, et l'*adoptio plena*, qui produit encore les anciens effets, mais qui se présente seulement dans deux cas : quand l'enfant est donné en adoption à un ascendant qui ne l'avait pas en sa puissance ; quand il est donné en adoption par un ascendant dans la famille duquel il était primé par une autre personne, par exemple quand un grand-père ayant en puissance un fils et un petit-fils né de celui-ci donne le petit-fils en adoption.

Le but de Justinien est d'écarter le danger que courait l'enfant en droit classique de perdre à la fois deux successions, s'il était émancipé par l'adoptant après la mort de son père naturel. Pour cela, il le laisse en principe, malgré l'adoption, dans la famille de son père naturel, et il ne permet plus à l'adoption de l'en faire sortir que dans deux cas où le danger ne lui paraît pas à craindre : dans le premier, parce que l'enfant restera, malgré l'émancipation, héritier présomptif de l'ascendant adoptant comme cognat ; dans le second, parce qu'il ne perd pas, dans sa famille d'origine, l'espérance d'une succession à laquelle il n'était pas appelé. C'est si bien son idée que si, dans le second cas, la personne qui primait l'adopté dans sa famille d'origine vient à disparaître, l'adoption de *plena* devient de plein droit *minus plena*. Et il n'est pas douteux qu'en effet il a énormément restreint les risques. Mais on peut démontrer aisément qu'il ne les a pas supprimés entièrement, par exemple pour le premier cas d'*adoptio plena*, où le droit qu'on garde après l'émancipation en face de l'ascendant adoptant peut ne pas valoir celui qu'on a perdu.

1. Quoi qu'en paraisse dire Justinien, *Inst.*, 3, 10, *De adq. per adr.*, 2.
2. *Inst.*, *h. t.*, 2. *C.*, *h. t.*, 10. V. Accarias, 1, n° 108.

§ 3. — La légitimation, le concubinat, les enfants illégitimes [1].

La légitimation, qui date seulement du droit chrétien, est un procédé par lequel on fait tomber sous sa puissance et, par conséquent, normalement entrer dans sa famille civile, ses enfants naturels d'une certaine catégorie, ses enfants naturels issus du concubinat. Elle se rattache donc aux théories du concubinat et de la condition des enfants naturels dont elle nous donnera l'occasion d'indiquer les grands traits.

La condition des enfants nés hors mariage n'est naturellement pas restée la même pendant toute la durée du droit romain. En particulier, elle a été régie par des règles différentes dans la période païenne et la période chrétienne.

Dans le droit païen, d'après le système primitif qui base uniquement la parenté sur le lien de puissance, l'enfant né hors mariage n'est rattaché ni à son père ni même à sa mère. Il n'y a qu'une parenté : la parenté civile. La loi ne connaît la parenté naturelle, ni au profit de l'enfant pour lui donner des droits, ni à son encontre pour le frapper de déchéances.

Mais, toujours pendant la période païenne, à mesure qu'on a tenu compte de la cognation, le droit est arrivé à attacher des conséquences toujours plus étendues à celle qui lie la mère à l'enfant. Ces conséquences, que nous avons signalées en traitant des rapports de la femme mariée et des enfants du mariage, résultent là, non pas de ce que la mère est la femme du mari, mais de ce qu'elle est la cognate de ses enfants. Elles se produisent donc aussi complètement [2] quand la mère n'est pas mariée que quand elle l'est. Tous les droits et les devoirs reconnus entre la mère et l'enfant par la doctrine, par le préteur, par les sénatus-consultes et par les constitutions des empereurs païens se pro-

1. *Inst.*, 1, 10, *De nupt.*, 13. *C.*, 5, 27, *De nat. lib. D.*, 25, 7, *De concub.* Cf. P. Gide, *Condition de l'enfant naturel et de la concubine en droit romain*, 1880 (reproduit *Cond. de la femme*, 2ᵉ éd., 1885, pp. 543-585). Paul M. Meyer, *Der römische Concubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, 1895.

2. Plus complètement même, peut-on dire, puisque le lien de parenté naturelle avec la mère sort seul ses effets, sans être contrarié par le lien de parenté civile avec le père. Le système des noms en donne un bon exemple. L'enfant lié à la mère seule prend naturellement le nom de celle-ci. Il ne peut ni prendre le nom du père, ni indiquer la paternité dans son nom, quand bien même elle serait certaine en fait. Il porte bien en général, pour masquer son origine, l'indication *L(ucii) f(ilius)*, *Sp(urii) f(ilius)* par exemple, entre le gentilice et le surnom, à la place où la mettrait un fils légitime. Mais c'est une simple supercherie, ce n'est pas même la constatation d'un fait ; car des inscriptions où le père est connu le nomment par exemple, *Gnaeus*, *Publius*, et appellent le fils à quelques lignes de distance *L(ucii) f(ilius)*, *S(purii) f(ilius)*. Cette dernière formule assez fréquente paraît même une sorte de jeu de mots désignant l'enfant comme *sp(urius) f(ilius)*, mais pouvant et devant même logiquement se lire *Sp(urii) f(ilius)*. V. Cagnat, *Cours d'épigraphie*, pp. 72-74 ; Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 80, n. 5. Cf. les relevés des inscriptions relatives au concubinat dans Meyer, pp. 39-48, 67-77, 114-116.

duisent au regard de tous les enfants, non seulement des enfants nés en mariage, mais des enfants issus d'une union libre, d'un concubinat (*liberi naturales*), mais de ceux nés d'une rencontre isolée (*spurii, vulgo concepti*) [1], mais, croyons-nous, des enfants adultérins et incestueux. La base est toujours la même : la parenté naturelle attestée par le fait matériel de l'accouchement qui est toujours également certain, que la mère soit une femme mariée, une concubine ou une prostituée [2]. Quant à la paternité, c'est le contraire, elle est impuissante, à elle seule, à créer un lien entre le père et l'enfant ; ce lien ne peut être créé que par le mariage. Tandis qu'il n'y a à Rome que des mères naturelles, il n'y a que des pères légitimes. La paternité naturelle n'existe pas.

La seule exception à ce principe, qu'on puisse découvrir à l'époque païenne, est contenue dans une constitution d'Hadrien de l'an 119 conférant plus ou moins largement aux militaires, auxquels ont été accordés beaucoup d'autres avantages contraires au droit commun, le droit d'avoir pour héritiers ab intestat, au rang modeste auquel le préteur appelle les cognats, les enfants naturels qu'ils ont eus pendant leur service [3]. La cognation est reconnue là hors mariage entre le père et l'enfant. Mais c'est le seul cas. Nous ne croyons pas notamment qu'il en soit de même dans un autre cas beaucoup plus fréquemment cité : celui du concubinat, souvent considéré comme un mariage d'un ordre inférieur qui, sans faire naître l'enfant en puissance, rendrait sa filiation paternelle certaine aux yeux de la loi. Le concubinat n'est pas, ni sous l'Empire, ni auparavant, un pseudo-mariage ; c'est une union de fait [4]. Ce qui a produit la confusion, c'est qu'il a été visé par la loi Julia *de adulteriis*, qui, en punissant non seulement l'adultère, mais le *stuprum* avec une femme honorable, exemptait le concubinat de ses pénalités [5]. Il est depuis lors reconnu par le droit pénal, qui a eu par suite à préciser ses conditions d'existence ; mais il est toujours ignoré de la loi civile. Après comme avant, il a continué à ne pas rattacher les enfants au père. La preuve en est dans l'impossibilité de lui découvrir dans les

1. V. notamment pour le droit réciproque de succession établi par les sénatus-consultes Tertullien et Orfitien, *Inst.*, 3, 3, *De s. c. Tertull.*, 7 ; 3, 4, *De s. c. Orfit.*, 3.

2. Paul, *D.*, 2, 4, *De in jus voc* , 5 : (*Mater*) *semper certa est, etiam si vulgo conceperit : pater vero is est quem nuptiae demonstrant.*

3. *Textes*, pp. 194-196. Il est possible que cette faveur n'ait eu qu'une existence temporaire et même qu'elle ait été restreinte aux corps de troupes en garnison en Egypte au sujet desquels elle nous est révélée, quoique le point soit déjà plus douteux. Mais rien ne nous paraît dans le texte impliquer l'interprétation de M. Paul M. Meyer, *Z. S. St.*, 18, 1897, pp. 47-49, selon laquelle elle serait exclusivement relative aux enfants nés d'un mariage formé avant le service militaire et suspendu dans ses effets pendant la durée de ce service.

4. V. en ce sens la dissertation précitée de Gide ; en sens contraire, Accarias, 1, pp. 246-252

5. Marcien, *D.*, 25, 7, *De concub.*, 3, 1 : *Quia concubinatus per leges nomen assumpit, extra legis* (*Juliae de adulteriis*) *poenam est.*

textes aucun des effets que devrait produire une filiation légalement reconnue, par exemple quant à l'exemption du père des déchéances des lois caducaires, quant à la reconnaissance entre le père et le fils de la succession prétorienne fondée sur la cognation [1]. Les seuls textes qu'on ait pu invoquer comme supposant une parenté naturelle reconnue et qui sont relatifs aux empêchements au mariage et à l'autorisation requise pour la citation en justice d'un ascendant [2], ne prouvent rien, parce que leurs solutions s'appliquent non seulement aux enfants issus du concubinat, mais aux enfants naturels simples, aux enfants adultérins ou incestueux et même aux enfants issus du *contubernium* des esclaves, pour lesquels il ne peut être question de filiation légalement reconnue [3]. Le droit païen, qui connaît le concubinat en matière pénale, ne le reconnaît pas en matière civile ; sauf la faveur faite aux soldats par Hadrien, il ne connaît pas de paternité naturelle, pas plus qu'il ne connaît de maternité légitime, pas plus qu'au regard de leur mère il ne distingue les enfants nés hors mariage ou en mariage.

Le droit chrétien a changé tout cela. Par hostilité contre les relations hors mariage, il s'occupe soit de la maternité, soit même de la paternité naturelle pour y attacher des incapacités ; d'autre part, il sépare le concubinat des autres relations hors mariage pour y attacher certains avantages, pour y reconnaître en particulier la paternité naturelle comme la source de cartaines faveurs.

Quant aux incapacités, qui commencent avec Constantin, elles s'appliquent tantôt aux uns, tantôt aux autres des enfants naturels. Ainsi les effets de la maternité furent effacés pour les enfants adultérins et incestueux par une constitution d'Honorius et d'Arcadius ; puis, même pour les enfants naturels simples, mais pas pour ceux du concubinat, quand la mère est une femme noble ayant des enfants légitimes, par Justinien [4]. Ainsi Justin prohiba l'adoption de tous les enfants naturels selon les uns, seulement de ceux du concubinat selon d'autres, et Justinien les frappa tous d'une incapacité de recevoir plus du douzième des biens du père, quand celui-ci laisse des enfants légitimes [5].

Quant au concubinat, qui devient alors, comme l'appellent seulement des textes de cette époque, un *inaequale conjugium*, une *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii* [6], il fait naître au profit de

1. C'est ce que reconnaissent de plus en plus les partisans de la doctrine contraire eux-mêmes. V. par exemple Accarias, 1, p. 1007, n. 3 ; p. 1251. Au point de vue du système des noms, il est probable que l'enfant issu du concubinat porte le nom de sa mère ; il est tout au moins impossible de prouver qu'il porte celui du père. V. Mispoulet, *Etudes d'institutions romaines*, 1887, pp 265-278.
2. Paul, *Sent.*, 1, 1 *b*, 1 = *D.*, 2, 4, *De in jus voc.*, 6.
3. *D.*, 2, 4, *De in jus voc.*, 4, 3. *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 14, 2.
4. *C.*, 5, 5, *De inc. nupt.*, 6. *C.*, 6, 57, *Ad s. c. Orf.*, 5.
5. Justin, *C.*, 5, 27, *De nat. lib.*, 7, 3. Justinien, Nov. 89, c. 12, 2. 3.
6. *C. Th.*, 4, 6, *De nat. fil.*, 7. *C.*, *h. t.*, 3.

la concubine un droit de succession d'ailleurs assez limité ; il rattache surtout au père les enfants, distingués seulement alors par le nom de *liberi naturales* [1], soit pour leur donner le droit à des aliments et un droit de succession limité [2], soit pour les rendre, à la différence des enfants naturels ordinaires, susceptibles de légitimation.

La légitimation, destinée à faire tomber en puissance des enfants qui y seraient si leurs parents avaient voulu se marier et qui n'y sont pas parce que leurs parents ont préféré vivre en concubinat [3], fut introduite seulement lorsque le christianisme eut fait considérer cette union comme honteuse et les enfants qui en naissaient comme marqués d'une tache, pour permettre d'effacer cette tache, aussi, au moins dans l'un des cas, pour pousser à sortir de cette condition.

Elle peut se réaliser par trois procédés :

1° Par mariage subséquent [4]. La légitimation par mariage subséquent fut d'abord autorisée, à titre temporaire, par des dispositions transitoires de Constantin et de Zénon. Ces dispositions autorisaient les concubins actuels à légitimer en se mariant leurs enfants déjà nés. Mais ce n'étaient que des espèces d'amnisties permettant aux concubins existants de réparer leurs fautes passées, ne s'appliquant pas aux fautes à venir. Anastase partit d'un point de vue différent en faisant de la légitimation par mariage subséquent une institution stable, ouverte non seulement aux concubins présents, mais aux concubins futurs, et, après avoir été momentanément aboli par Justin, ce régime fut définitivement remis en vigueur par Justinien.

Dans le dernier état du droit de Justinien, il faut pour la légitimation par mariage subséquent trois conditions : *a*) que le mariage fut possible lors de la conception, ce qui exclut non seulement les enfants adultérins et incestueux, mais ceux nés d'un citoyen et d'une étrangère et en règle ceux nés d'un citoyen et d'une esclave ; — *b*) que, pour marquer le changement, la transformation en mariage du concubinat qui en diffère seulement par l'intention, on rédige un contrat de mariage (*instrumentum dotale*) ; — *c*) qu'il y ait consentement ou tout au moins ab-

1. *C. Th.*, 4, 6, *De nat. fil.*, 7. Sur le langage de l'époque classique, v. *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 88, 12 : *Naturales liberos, id est in servitute susceptos* et les textes cités par Gide, p. 573, n. 2.
2. Nov. 18, c. 5. Nov. 89, c. 12. 4. 6.
3. C'est la différence avec les cas qu'on cite ordinairement comme précédents indirects et qui sont tous des cas où les enfants de personnes qui ne pouvaient contracter de mariage romain à raison de leur nationalité tombent après coup *in patria potestate*, où la légitimation porte sur les enfants de Latins ou de pérégrins ordinaires devenus citoyens par le bienfait de la loi ou par naturalisation. La *patria potestas* est acquise en même temps que la cité, seulement en vertu d'une disposition spéciale expresse, au cas de naturalisation (Gaius, 1, 93. 94. 3, 20), et au contraire de plein droit, au cas de *majus* ou de *minus Latium*, de *causae probatio* et d'*erroris causae probatio* (Gaius, 1, 95-96. 29-31. 67-75).
4. *C.*, *h. t.*, 5 ; 6 ; 10 ; 11. Nov. 12, c. 4. Nov. 89, c. 8.

sence d'opposition de l'enfant qui ne doit pas devenir *alieni juris* malgré lui. — Il n'y a pas besoin, en revanche, comme le demandaient les constitutions de Constantin et de Zénon, que la femme soit ingénue, ni qu'on n'ait pas d'enfants d'un précédent mariage. L'absence d'enfants d'un précédent mariage n'est exigée que dans un cas où l'on permet la légitimation quoique le mariage fût impossible au moment de la conception : celui où un patron épouse son affranchie pour légitimer des enfants issus du *contubernium* [1].

2° Par rescrit du prince [2]. Cette légitimation n'est guère qu'un complément de la précédente, admis par Justinien pour le cas où celle-là n'est pas possible, par exemple parce que la femme est morte, absente, mariée à un autre. Elle pourra être autorisée par le prince, sur la demande du père, même après la mort de ce dernier ; probablement, comme la précédente, à condition que les enfants ne s'y opposent pas ; peut-être, malgré une petite difficulté, à condition que le mariage fût possible le jour de la conception, et en outre sous une condition spéciale : pourvu qu'il n'y ait pas d'enfants d'un autre mariage.

3° Par oblation à la curie [3]. Ce troisième procédé, d'ordre purement fiscal, fut établi, comme institution permanente, longtemps avant les deux autres, par Théodose et Valentinien. C'est un des nombreux expédients destinés à assurer le recrutement des curies municipales responsables de la rentrée des impôts. On peut légitimer les enfants nés du concubinat en les offrant à la curie de leur patrie et en leur donnant les 25 arpents de terre nécessaires pour être curiales, si ce sont des fils, en les mariant à des décurions et en les dotant de 25 arpents, si ce sont des filles. Ce procédé exigeait, jusqu'à Justinien, outre l'offre des arpents de terre, le consentement de l'enfant et l'absence d'enfants légitimes. Justinien le permit en présence d'enfants légitimes.

L'oblation à la curie est celui des modes de légitimation qui est le plus éloigné des justes noces. C'est aussi celui qui produit les conséquences les moins énergiques. Il y a en effet des conséquences communes aux trois modes et d'autres propres aux deux premiers. 1° L'enfant, qu'il soit légitimé d'une façon ou d'une autre, devient *justus*, tombe *in patria potestate* et a en face du père les droits de succession résultant de la qualité d'enfant légitime. Mais, s'il est légitimé par oblation à la curie, les effets de la légitimation s'arrêtent là [4]. 2° Au contraire la légitimation par mariage subséquent ou par rescrit du prince fait en outre entrer l'enfant dans la famille du père : il devient le parent civil non

1. Nov. 18, c. 11.
2. Nov. 74, c. 1. 2.
3. *C.*, *h. t.*, 3. Formulaire dans Cassiodore, *Variae*, 7, 40.
4. Justin, *C.*, *h. t.*, 9, *pr.* V. une autre restriction, Nov. 89, cc. 2-6.

seulement du père, mais de tous les parents du père, comme s'il avait été conçu en mariage au moment de la légitimation [1].

SECTION III. — Extinction de la *patria potestas*. — Émancipation [2].

I. Modes d'extinction de la *patria potestas*. — La *patria potestas*, appartenant à une personne sur une autre, disparaît d'abord normalement par la mort de l'une ou l'autre :

1° Par la mort de la personne *in patria potestate*, qui termine tout.

2° Par la mort du *paterfamilias*, qui rendra le descendant *sui juris* ou le fera passer sous une autre *patria potestas* selon qu'il avait ou non un de ses ascendants paternels en puissance avec lui, mais qui ne touche jamais ses liens de parenté civile [3].

Elle peut en outre être éteinte de leur vivant à toutes deux :

1° Dans la personne du *paterfamilias*, par sa mort civile résultant soit de la perte de la liberté, soit de celle de la cité, soit, quand il se donne en adrogation, de celle de la famille (*capitis deminutio maxima*, *media*, *minima*) [4]. Dans tous les cas, sauf celui d'adrogation, l'enfant, qui devient *sui juris* ou passe sous une autre *patria potestas* selon la distinction faite plus haut, reste dans sa famille civile. Mais de plus la puissance éteinte peut renaître sur lui, soit au cas de perte de la liberté ou de la cité, par l'effet du *postliminium* ou d'une réhabilitation [5], soit en un certain sens, pour les enfants de l'adrogé, par le prédécès de l'adrogeant.

2° Dans la personne de l'enfant, par sa *capitis deminutio maxima*, par sa *capitis deminutio media*, ou par sa *capitis deminutio minima* résultant (sans revenir sur le passage sous la *patria potestas* produite par l'adrogation de son père) de son passage sous la *manus* ou le *mancipium* d'un tiers [6] et sans cela, dans le droit très récent, de son adop-

1. Nov. 89, c. 8. Nov. 74, c. 2.

2. *Inst.*, 1, 12, *Quibus modis jus pot. D.*, 1, 7, *De adopt. et em. C.*, 8, 48 (49), *De emanc. lib.*

3. Ulpien, *Reg.*, 10, 2.

4. *Inst.*, *h. t.*, 5, pour la captivité chez l'ennemi, 3, pour la *servitus poenae*, 1, pour la déportation.

5. *Inst.*, *h. t.*, 1, *in fine* ; 5.

6. On considère souvent plutôt la *patria potestas* comme éteinte seulement par la 3e mancipation ou même par l'affranchissement qui suit la 3e mancipation, et c'est peut-être conforme au point de vue moderne déjà exprimé par Gaius, 1, 132, qui considère l'émancipation comme un tout. Mais, surtout depuis qu'on sait que l'enfant mis *in mancipio* subit une *capitis deminutio* (Gaius, 1, 162), on peut trouver plus conforme à la vérité primitive du droit de considérer la *patria potestas* comme éteinte par chaque mancipation, sauf à pouvoir ressusciter à chaque affranchissement.

tion et de son émancipation. Alors l'enfant ne sort de la *patria potestas* qu'en sortant de la famille. Mais il peut rentrer dans la famille en rentrant sous la *patria potestas*, soit, au cas de *capitis deminutio maxima* et *media*, par le *postliminium* et la réhabilitation [1], soit, au cas de passage sous le *mancipium*, par l'affranchissement du *mancipium*, qui le fait retomber *in patria potestate*, à moins qu'il n'y ait déjà eu trois mancipations ou que ce soit un descendant du second degré ou du sexe féminin.

3° Dans la personne de l'enfant, sans que ses liens de famille soient rompus, par son élévation à certaines dignités : aux fonctions de vestale et de flamine de Jupiter, à l'époque païenne [2] ; sous Justinien, aux dignités de patrice, de consul, de préfet du prétoire, de préfet de la ville, de *magister militum* ou d'évêque [3].

4° Enfin, également sans rupture des droits de famille de l'enfant, d'après le droit byzantin, à raison de certaines fautes du père : exposition des enfants ; livraison de la fille à la prostitution ; mariage incestueux [4].

II. L'émancipation. — Parmi tous ces modes, le seul qui requière des explications particulières est la sortie de la *patria potestas* produite par le placement *in mancipio* ou plutôt l'usage qui en a été fait pour rendre l'enfant *sui juris* du vivant de son père, l'émancipation.

L'ancien droit romain connaît des évènements assez nombreux qui font disparaître la *patria potestas* ; mais il n'offre pas au père de procédé direct pour exclure par sa volonté l'enfant de sa puissance. L'exposition des enfants ne porte atteinte, au moins dans les temps historiques, ni au droit du père ni à celui de l'enfant. L'abdication directe de la puissance paternelle telle que la connaît le droit grec est étrangère au droit romain [5]. Il a donc fallu chercher un expédient pour permettre aux pères qui le voudraient d'arriver à ce résultat. Et on sait où les praticiens l'ont trouvé : dans la règle des XII Tables qui a aussi été mise à profit pour permettre le transfert de la *patria potestas*, dans la règle *si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto*. On n'a eu qu'à remplacer les aliénations sérieuses par des mancipations de complaisance faites à un compère et suivies d'affranchissements pour avoir un instrument de destruction arbitraire de la puissance paternelle. Pourquoi éprouvait-on le besoin de cet instrument ? Les idées modernes feraient songer au désir d'accorder une faveur à l'enfant en accroissant son indépendance et l'institution a certainement pris à un moment cet aspect. Mais, considérée dans sa physionomie première, l'émancipation

1. *Inst.*, *h. t.*, 5, pour le *postliminium*.
2. Gaius, 1, 130. Aulu-Gelle, 1, 12, 9-13.
3. *Inst.*, *h. t.*, 4. *C.*, 12, 3, *De consul.*, 5.
4. *C.*, 8, 51 (52), *De inf. exp.*, 2. *C.*, 11, 41 (40), *De spect.*, 6. Nov. 12, c. 2.
5. *C.*, 8, 46 (47), *De p. p.*, 6. Cf. Quintilien, *Inst. or.*, 7, 4, 27. Val. Max., 5, 8, 3.

peut parfaitement avoir été inventée, comme on l'a conjecturé, contre le fils, à titre de peine[1]. En tous les cas, elle paraît avoir été peu usitée jusqu'aux derniers temps de la République[2] et n'avoir acquis une véritable importance sociale qu'avec la transformation de ses effets, opérée surtout entre le début de l'Empire et Justinien[3].

1. *Conditions*. Les formes premières de l'émancipation ont été commandées par la règle même dont elle était l'utilisation. Elle se faisait par trois mancipations suivies de trois affranchissements pour les fils et, en vertu d'une interprétation restrictive des XII Tables déjà citée, par une mancipation suivie d'un affranchissement pour les autres descendants[4]. On pouvait seulement, comme pour l'adoption, convenir avec le tiers qui recevait l'enfant *in mancipio*, qu'après la dernière mancipation il retransférerait la *causa mancipii* au père, pour que celui-ci procédât lui-même au dernier affranchissement, comme là à l'*in jure cessio*, non plus comme là pour se passer d'un comparse, mais pour que le père, étant l'auteur de l'affranchissement de l'enfant, ait sur lui les droits de patronat (*emancipatio fiduciaria*)[5]. Mais, dans une forme ou l'autre, elle requiert les trois mancipations et les affranchissements. Elle a continué à les requérir pendant des siècles. Ces formes ont été pour la première fois écartées, pour l'émancipation des absents qu'elles rendaient impossible, par une constitution de 502 d'Anastase qui permit de les remplacer alors par un rescrit demandé et obtenu de l'empereur (*emancipatio Anastasiana*)[6]. Elles furent ensuite abolies, même pour l'émancipation des enfants présents, par Justinien qui reconnut comme procédé de droit commun une déclaration en justice[7],

1. C'est, a-t-on dit, une pénalité nouvelle mise par les praticiens à la disposition du père. Dans l'échelle des peines domestiques, elle est moins grave que la mort, que la vente à l'étranger, mais elle l'est plus par exemple que l'exhédération qui ne fait qu'exclure de l'hérédité du *paterfamilias* sans faire sortir de la famille ni modifier la condition.

2. Cf. à ce sujet les observations de Pernice, *Z. S. St.*, 3, 1882, p. 82 et ss. L'émancipation qu'aurait faite Licinius Stolo de son fils pour éluder sa propre loi agraire (Tite-Live, 7, 16, sur l'an 397) est le premier exemple d'émancipation signalé par les textes. L'auteur dramatique du VII[e] siècle L. Afranius a écrit, remarquerons-nous, une pièce intitulée *Emancipatus* (fragments chez Ribbeck, *Scoenicae Rom. poesis fragm...*, 2, 3[e] édit., 1898, pp. 205-209) ; mais ni les fragments conservés ni le nom de la pièce (v. sur le sens d'*emancipare*, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 66, n. 1) ne prouvent absolument qu'il s'y agisse d'un émancipé plutôt par exemple que d'un enfant donné *in mancipio*.

3. Un titre égyptien du III[e] siècle (*Textes*, pp. 824-825) donne aujourd'hui un exemple concret d'émancipation fiduciaire d'une fille.

4. Gaius, 1, 132. Dans l'acte cité n. 3, les trois mancipations et les trois affranchissements sont cependant accomplis pour une fille.

5. Gaius, *Epit.*, 1, 6, 3. L'assimilation au patronat n'était d'ailleurs pas complète. V. Tryphoninus, *D.*, 37, 15, *De obseq.*, 10, au sujet des *operae*.

6. *C.*, *h. t.*, 5.

7. *Inst.*, *h. t.*, 6.

déjà pratiquée, semble-t-il, en Orient[1] (*emancipatio Justinianea*) et qui sanctionna par là, comme en matière d'adoption, l'idée juridique progressivement créée par le travail de la pratique.

Quant au fond, l'émancipation ne devait pas logiquement avoir de conditions de fond, quand ce n'était qu'un emploi détourné fait par le père de son droit de manciper son fils. Mais, dès le droit classique, les jurisconsultes l'ont soumise à des règles propres, en requérant pour elle sinon le consentement exprès, au moins l'absence d'opposition du fils[2] et en permettant à celui-ci de l'exiger dans certains cas[3].

2. *Effets*. L'émancipation ne rendait l'enfant *sui juris* qu'en le faisant mourir pour son ancienne famille, en lui faisant subir une série de *capitis deminutiones*[4]. Il était donc logiquement, après elle, sans parents, car ces *capitis deminutiones* lui avaient fait perdre les siens ; sans espérances successorales, car le droit de succession se fonde sur la parenté ; même sans biens présents, car, en eût-il acquis auparavant, ces biens, acquis pour le père, seraient restés au père au moment de l'émancipation. Mais on a fini par lui assurer une famille et un patrimoine.

D'abord le pécule profectice, qui devrait légalement rester au père, est, à l'époque classique, ordinairement laissé à l'émancipé par une libéralité que l'on présume en cas de silence[5]. Ensuite, depuis la création des pécules castrens et quasi-castrens, les biens qui les composent restent en pleine propriété à l'émancipé et la même règle a été appliquée aux biens adventices, sauf le droit reconnu au père de retenir, comme indemnité de la perte de la jouissance, une prime fixée par Constantin au tiers de la pleine propriété, puis maladroitement par Justinien à la moitié de l'usufruit[6].

Quant aux liens de parenté et aux droits successoraux qui en résultent, l'émancipé, qui cesse d'être l'agnat des membres de son ancienne famille, reste leur cognat[7]. Il a donc les droits toujours plus efficaces

1. Livre syro-romain, L 3. Cf. les observations de Bruns, pp. 183-184, et de Collinet, *Etudes historiques*, pp. 55-58.

2. Paul, *Sent.*, 2, 25, 5. Cf. Anastase, *C.*, *h. t.*, 5. Le *paterfamilias* n'a en revanche pas besoin du consentement du fils pour émanciper les petits-fils (Gaius, *D.*, *h. t.*, 28).

3. En principe, le père ne peut être forcé d'émanciper l'enfant (Marcien, *D.*, *h. t.*, 31). Mais il y a des exceptions : au cas de mauvais traitement de l'enfant par le père (Papinien, *D.*, 37, 12, *Si a par. quis manum.*, 5), au cas où l'adrogé impubère prouve à la puberté que l'adrogation est nuisible à ses intérêts (Papinien, *D.*, *h. t.*, 32, *pr.*), au cas où le père a accepté une libéralité sous cette condition (Paul, *Sent.*, 4, 13, 1).

4. Autant que de mancipations et d'affranchissements, donc six pour le fils et deux pour les autres descendants (Gaius, 1, 162).

5. *F. V.*, 260.

6. *Inst.*, 2, 9, *Per quas pers.*, 2.

7. Modestin, *D.*, 38, 10, *De grad.*, 4, 10.

reconnus progressivement comme résultant de cette parenté : d'après l'édit du préteur, le droit de succéder à son père en concours avec les héritiers siens comme s'il n'était jamais sorti de puissance ; en face de ses autres parents, le droit de succession fondé sur la parenté naturelle, qui, dans le système prétorien, était à la vérité fort inférieur à celui que lui eût donné la parenté civile, mais qui fut constamment amélioré par le droit impérial jusqu'à la fusion des deux parentés par les novelles.

Pour la succession de l'émancipé lui-même, elle était assurée depuis encore plus longtemps, s'il mourait sans enfants, à son père et aux membres de sa famille civile, non point en vertu de la parenté, mais en vertu du patronat [1], dans l'émancipation avec *remancipatio patri*, qui était la plus usitée et dont les effets furent légalement transportés à l'émancipation d'Anastase et à celle de Justinien.

En somme, l'émancipation du droit romain récent se traduit à peu près exclusivement pour l'émancipé par des avantages. C'est pourquoi elle peut, dès l'époque de Constantin, être, comme l'affranchissement, révoquée pour cause d'ingratitude [2].

CHAPITRE IV. — *CAPITIS DEMINUTIO* [3].

Le *caput* est la personnalité juridique. La *capitis deminutio* (de *deminuere*, détruire, anéantir) est l'anéantissement de cette personnalité, la mort civile. Le *caput* ne pouvant exister que par la réunion de trois éléments : le *status libertatis*, le *status civitatis* et le *status familiae*, il y a *capitis deminutio*, dès que l'un d'eux disparaît [4]. La mort civile résulte indifféremment de la perte de la liberté, de la perte de la cité ou de celle de la famille [5]. A la vérité cette mort civile sera suivie d'une résurrection : le mort civil pourra prendre une personnalité nouvelle. Il

1. *Inst.*, *h. t.*, 6. Par suite aussi, ils auront la tutelle de l'émancipé impubère.
2. *F. V.*, 248 ; *C.*, 8, 49 (50), *De ingr. lib.*, 1.
3. *Inst.*, 1, 16, *De cap. min.* ; *D.*, 4, 5, *De cap. min.* Cf. Labbé, sur Ortolan, 2, p. 700 et s. Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, pp. 249-269. H. Krueger, *Geschichte der capitis minutio*, 1, 1887, et le compte rendu de Kipp, *Z. S. St.*, 9, 1888, p. 159 et ss. Desserteaux, *Effets de l'adrogation*, 1892, et le compte rendu d'Audibert, *N. R. H.*, 1893, p. 363 et ss. Eisele, *Beiträge zur römisch. Rechtsgeschichte*, 1896, pp. 160-216, et le compte rendu de Kalb, *Berliner philolog. Wochenschrift*, 1898, pp. 938-939. Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio*, 1, 1909, et le compte rendu de Michon, *N. R. H.*, 1909, pp. 355-370.
4. Le raisonnement est fait par Paul, *D.*, *h. t.*, 11.
5. C'est ce qui nous paraît établi, malgré la contradiction de M. Desserteaux, non seulement pour la *capitis deminutio maxima* (Ulpien, *D.*, 24, 1, *De don. int. v. et ux.*, 32, 6) ou *media* (Ulpien, *D.*, 37, 4, *De B. P. contr. tab.*, 1, 8), mais pour toutes trois, par le texte absolument général de Gaius, 3, 153, selon lequel *civili ratione capitis deminutio morti coaequatur*.

renaît *jure naturali*, pourrait-on dire (les Romains ne le disent pas) pour l'esclave, depuis que la doctrine le considère comme ayant une personnalité au point de vue du droit naturel ; il renaît *jure gentium*, quand il devient pérégrin, puisque la personnalité du pérégrin est reconnue par le droit des gens ; il renaît même *jure civili*, quand il a perdu son ancienne famille sans perdre la cité ni la liberté et qu'il acquiert donc une nouvelle famille civile, en fût-il le seul membre. Et c'est en partant de ce point de vue qu'on peut distinguer dans la *capitis deminutio* les degrés (*capitis deminutio maxima*, *media*, *minima*), qu'on peut désigner l'ensemble de l'opération comme une *permutatio status*. Mais l'idée fondamentale est celle de mort civile ; c'est elle qui rend le mieux compte des cas et des effets de la *capitis deminutio* et qui trace le mieux la ligne de démarcation entre elle et les dégradations diverses par lesquelles la personnalité n'est pas changée [1].

§ 1. — Causes de *capitis deminutio*.

Les causes de *capitis deminutio* sont déjà connues et n'ont besoin ici que d'être rappelées avec quelques observations complémentaires.

1. La *capitis deminutio maxima* résulte de tous les événements qui font perdre la liberté, soit, dans l'ancien droit, hors du territoire romain, soit, en droit nouveau, dans l'intérieur du territoire (p. 102 et s.), même, croyons-nous, à un pérégrin [2]. On doit seulement noter qu'elle ne résultera pas normalement de la grande source de droit des gens de l'esclavage, de la captivité ; car, quand le prisonnier revient, elle est écartée par le *postliminium* et, quand il ne revient pas, il est réputé être mort avant de la subir en vertu d'une fiction introduite par une loi Cornelia de date incertaine, qui a notamment pour utilité d'empêcher son testament d'être annulé [3]. Elle se manifestera donc uniquement, quand le captif reviendra à Rome en dehors des conditions du *postliminium*.

1. Nous ne pouvons insister ici sur la formation historique du système de la *capitis deminutio*, qui naturellement ne s'est pas constitué d'un coup. Il est possible que, comme l'admettent Pernice, *Labeo*, 1, p. 173, et Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 7, n. 3, les *capitis deminutiones media* et *maxima* aient commencé par se confondre et que, comme cela paraît l'opinion dominante, le système se soit d'abord arrêté en vue de la *capitis deminutio minima*. On a même voulu, plus aventureusement à notre sens, y voir une simple généralisation des effets soit de l'adrogation (Desserteaux), soit de la *causa mancipii* (H. Krueger).

2. Gaius, 1, 160. *Inst.*, *h. t.*, 1.

3. Paul, *Sent.*, 3, 4a, 8. Ulpien, *D.*, 49, 15, *De capt.*, 18. Une conjecture, qui est répandue, mais qui n'est qu'une conjecture, assimile cette loi Cornelia *de captivis* à la loi Cornelia *de falsis*, qui aurait puni la falsification du testament du captif sans distinguer s'il revenait ou non, et dont on aurait conclu, pour le cas où il ne revenait pas, à la fiction de son décès avant la rupture du testament. Cette conjecture devient inadmissible, si on reconnaît que, comme paraît notamment l'indiquer Julien, *D.*, *h. t.*, 22, *pr.*, la loi visait à la fois les testaments et les successions ab intestat. V. sur cette loi, Bechmann, *Jus postliminii*, p. 187 ; Buhl, *Salvius Julianus*, 1, pp. 254-257 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, p. 124.

2. La *capitis deminutio media* ou *minor* résulte de la perte du *status civitatis* qui, à notre avis, peut se produire non seulement pour les citoyens, mais pour les individus ayant un droit de cité reconnu par Rome, ainsi pour les membres des cités latines [1].

3. La *capitis deminutio minima* se produit quand un individu, tout en restant libre et citoyen, perd ses droits de famille. Elle a lieu : *a*) d'abord toutes les fois qu'une personne *sui juris* passe sous une puissance domestique autre que la puissance dominicale : *conventio in manum* de la femme *sui juris*, adrogation, révocation de l'émancipation, légitimation ; — *b*) dans certains cas où une personne en puissance passe sous une de ces puissances en changeant de famille : c'est ce qui se produit pour les enfants de l'adrogé, pour les filles données *in manum*, pour les personnes *in patria potestate* ou *in manu* qu'on fait passer sous le *mancipium*, pour les personnes *in mancipio* qui en sont affranchies et retombent *in patria potestate*, c'est-à-dire pour les fils qui n'ont été mancipés qu'une fois ou deux, enfin, même depuis que l'adoption se réalise sans mancipation ni affranchissement, pour les enfants donnés en adoption *plena* ; — *c*) dans certains cas où un *alieni juris* devient *sui juris* en perdant ses liens domestiques : c'est ce qui se produit pour les personnes qui sortent de la *causa mancipii* par un affranchissement sans retomber *in patria potestate* (petit-fils, filles, femmes, donnés une fois *in mancipio* par leur ascendant ou leur mari ; fils mancipés trois fois), probablement pour la femme sortie de la *manus* par *diffarreatio* et, même depuis que l'émancipation peut se faire sans mancipation ni affranchissement, pour les émancipés [2].

§ 2. — **Effets de la** *capitis deminutio.*

Les conséquences de la *capitis deminutio* se ramènent toutes à l'idée que la *capitis deminutio* détruit la personnalité légale du *capite minutus*. Il y a une mort civile qui anéantit la personnalité civile, mais qui d'ail-

1. Gaius, 1, 161. *Inst.*, *h. t.*, 2. V. pour la *capitis deminutio* des Latins qui deviennent citoyens, les dispositions de la loi de Salpensa, c. 22. 23, rendues précisément afin d'en écarter les effets.

2. Gaius, 1, 162. Ulpien, 11, 13. *Inst.*, *h. t.*, 3. La détermination des cas a été beaucoup obscurcie par une théorie due à Savigny et encore soutenue par Eisele, selon laquelle la *capitis deminutio* aurait été une diminution de capacité. Cette théorie, qui conduisait notamment à ne pas admettre de *capitis deminutio* pour les enfants de l'adrogé, malgré Paul, *D.*, *h. t.*, 3, *pr.*, ni pour la fille *quae convenit in manum*, malgré le langage général d'Ulpien, 11, 13, et à ne l'admettre pour les émancipés et les adoptés qu'à raison du passage *in mancipio* impliqué par les formes anciennes, pouvait déjà être écartée à l'aide des textes connus à l'époque où écrivait Savigny. V. par exemple Accarias, 1, p. 464, n. 1. Mais elle est, à notre sens, aujourd'hui directement condamnée par le texte remarquable de Gaius, 1, 162 (fin lue par Studemund) selon lequel il y a, au cas d'émancipation, autant de *capitis deminutiones* que de mancipations et même d'*affranchissements*.

leurs n'atteint qu'elle, qui n'empêche pas, au point de vue naturel, au point de vue physique, la personne de rester la même. C'est le principe fondamental auquel se ramènent les solutions diverses soit en matière de droits patrimoniaux, soit en matière de parenté et de liens personnels.

1. Dans le droit des personnes, tous les liens de parenté civile basée sur la puissance sont rompus. La *patria potestas*, la *manus*, l'agnation, la gentilité disparaissent ; de même les liens de patronat [1]. Mais, si la *capitis deminutio* éteint les liens civils, les rapports de droit, elle ne peut rien sur les liens du sang, sur les choses de fait : tandis que l'agnation disparaît, la cognation subsiste [2], tandis que la *manus* est éteinte, le mariage simple, qui résulte de la vie commune, n'est pas rompu par la *capitis deminutio* ; s'il paraît en être autrement au cas de *capitis deminutio maxima* ou *media*, ce n'est pas à cause de la *capitis deminutio* dont les effets sont toujours les mêmes, c'est parce que le nouvel état de l'individu ne lui permet plus d'être en mariage romain, d'invoquer les conséquences romaines de la parenté [3]. Les effets de la *capitis deminutio* sur les liens personnels ont donc été à peu près absolus à l'époque ancienne, où la loi ne tient compte que des liens civils, et sont devenus à peu près nuls, à l'époque la plus récente, où les liens naturels seuls subsistent.

2. Quant aux biens, le *capite minutus* pouvait être auparavant un *sui juris*, et alors il avait un patrimoine, actif et passif ; ce pouvait être un *alieni juris*, et alors, s'il n'avait pas d'actif, il pouvait, au moins aux temps historiques, avoir un passif, des dettes. La *capitis deminutio*, anéantissement de la personnalité juridique, supprime ce patrimoine ou ce germe de patrimoine, attribut de la personnalité juridique. Le *capite minutus* n'a plus son actif, il n'est plus tenu de son passif ; car la personne à qui appartenait cet actif, qui était tenue de ce passif, n'existe plus légalement. Mais ici il faut préciser, en distinguant le système du droit civil pur et les modifications que le temps y a apportées.

Dans le système du pur droit civil, le *capite minutus* est à la fois dépouillé de son actif et libéré de son passif. Mais, tandis que son actif est recueilli par quelqu'un, ses dettes ne passent à personne. — Quand le *capite minutus* avait un actif, il le perd, peut-on dire, normalement

1. Gaius, 1, 163. 3, 51.83. Cicéron, *Top.*, 6. C'est à propos de la tutelle légitime fondée sur l'agnation que Gaius et Justinien font la théorie de la *capitis deminutio*.

2. Gaius, 1, 158 : *Agnationis jus capitis deminutione perimitur, cognationis vero jus eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest.*

3. Justinien a confondu les deux choses en disant, *Inst.*, *h. t.*, 6, que la cognation, qui n'est pas anéantie par la *capitis deminutio minima*, l'est par les deux autres.

au profit de celui de qui provient la *capitis deminutio*[1]. Il n'y a d'exception que pour quelques droits qui s'éteignent par la *capitis deminutio*, comme les droits d'usufruit, d'usage, etc., et pour quelques autres qui restent attachés à la tête du *capite minutus*[2].

Pour le passif, le *capite minutus* en est libéré, toujours quelle que soit la *capitis deminutio*, et personne n'en est tenu à sa place, même quand il laisse un actif. A la différence de l'héritier du mort naturel, qui est tenu de ses dettes, celui qui prend les biens du mort civil n'est pas obligé envers ses créanciers, les dettes sont éteintes[3]. Seulement encore ici, il y a des restrictions à indiquer. Celui qui prend l'actif est tenu de certaines dettes : des dettes des successions acquises avant la *capitis deminutio* par le *capite minutus*, que, tout au moins aux cas d'adrogation et de *conventio in manum*, l'adrogeant et le mari seront astreints à payer comme si l'adition d'hérédité avait été faite de leur consentement par la personne en puissance[4]. Ensuite et surtout le *capite minutus* reste personnellement tenu de certaines dettes en vertu du principe que la mort civile, institution civile, ne peut rien contre la nature : depuis que la doctrine a reconnu l'existence d'obligations naturelles, le *capite minutus*, libéré de ses dettes *jure civili*, en restera tenu *jure naturali*, avec les effets restreints, mais réels, que peut produire une obligation naturelle[5] ; à toute époque, la dette née d'un délit étant la rançon du droit de vengeance qui existe contre la personne physique de l'auteur du délit, l'action qui en résulte continuera à exister, *jure civili*, contre le *capite minutus* dont la personne physique est toujours la même, quoique sa personne civile ait changé[6].

Mais, en principe, sauf ces restrictions, le *capite minutus* est libéré de ses dettes et nul n'en est tenu à sa place, même lorsqu'il avait un actif qui a été recueilli par quelqu'un. C'est le côté le plus choquant du

1. Ainsi : 1° des créanciers pour le débiteur insolvable vendu *trans Tiberim*, du volé pour le *fur manifestus*, du maître de l'esclave mâle au cas du sénatus consulte Claudien (*Inst.*, 3, 12, *De succ. subl.*, 1), de l'État au cas de perte de la liberté encourue à titre de peine publique (v. par exemple pour l'*incensus* Val. Max., 6, 3, 4, et en droit récent *D.*, 48, 20, *De bon. damn.*, 1) ; 2° de l'État, pour la perte de la cité encourue à titre de peine publique (*D.*, *loc. cit.*) et du *capite minutus* lui-même, quand un citoyen perd volontairement la cité par l'acquisition d'un droit de cité étranger, par exemple en se faisant inscrire dans une colonie latine ; 3° de l'adrogeant et du mari, au cas d'adrogation et de *conventio in manum* d'une femme *sui juris*. Peut être pourrait-on même, en partant de l'idée de peine publique, ramener au même principe l'attribution des biens du prisonnier de guerre à l'État qui paraît avoir été le régime primitif en l'absence de *postliminium*, avant la loi Cornelia (cf. p. 196, n. 3).

2. V. pour le premier point, *D.*, 7, 4, *Quibus mod. usufr.*, 1, *pr.*, et pour le second, *D.*, *h. t.*, 8 ; 9.

3. *D.*, *h. t.*, 2, 2.

4. Gaius, 3, 84.

5. *D.*, *h. t.*, 2, 2.

6. *D.*, *h. t.*, 2, 3.

système ; c'est aussi celui qui a été le plus vite remanié. Le préteur a décidé pour toutes les *capitis deminutiones* que celui qui avait recueilli les biens ne pourrait les conserver que déduction faite des dettes. Mais il a dû employer des procédés différents pour les différentes *capitis deminutiones*. Au cas de *capitis deminutio minima*, en dehors d'un autre expédient signalé pour l'hypothèse d'adrogation par quelques textes et qui aurait consisté à donner contre l'adrogeant l'action *de peculio* en considérant le patrimoine de l'adrogé comme un pécule [1], le préteur vient à l'aide des créanciers par une *restitutio in integrum* : il déclare tenir la *capitis deminutio* pour non avenue et en conséquence il donne l'ancienne action contre le *capite minutus*, pour lequel, s'il était devenu *alieni juris*, le titulaire de la puissance devait venir prendre fait et cause à peine de voir saisir l'actif [2]. Au cas de *capitis deminutio media* ou *maxima*, il n'y a pas *restitutio in integrum* ; mais le préteur donne une action aux créanciers contre celui à qui est allé le patrimoine et, s'il refuse d'y défendre, on passe encore à la saisie et à la vente des biens [3]. En résumé celui qui acquiert le patrimoine ne peut plus le garder que déduction faite des dettes (*deducto aere alieno*).

Quant à l'actif, les effets de la *capitis deminutio maxima* et de la *capitis deminutio media* sont toujours restés sensiblement les mêmes. Au contraire ceux de la *capitis deminutio minima* ont été très profondément remaniés non plus par l'édit du préteur, mais par le droit byzantin. Cela a été la conséquence de la transformation de la famille. Dans les seuls cas de *capitis deminutio minima* qui subsistent après la disparition de la *manus* et de la *causa mancipii*, il n'y a plus de déplacement de patrimoine : les personnes en puissance paternelle étant capables d'avoir des biens propres, non seulement à titre de pécules castrens et quasi-castrens, mais, en nue propriété, à titre de biens adventices, le changement produit par la *capitis deminutio* sera uniquement de transformer les biens propres en pécule castrens, en pécule quasi-castrens et en biens adventices, quand une personne *sui juris* tombera *in patria potestate*, et au cas inverse, sauf les primes de l'émancipation, de donner à la personne la pleine propriété des biens qui constituaient antérieurement ses pécules castrens et quasi-castrens et ses biens adventices, en somme principalement d'opérer un déplacement de jouissance. L'ancienne *capitis deminutio minima* ne garda guère d'effets propres quand Justinien eut en outre décidé qu'elle n'éteindrait plus l'usufruit et que, contraire-

1. Ulpien, *D.*, 15, 1, *De pec.*, 42. Pomponius, *D.*, 33, 8, *De pec. leg.*, 7. Cf. Desserteaux, *Adrogation*, p. 46 et ss.

2. Gaius, 3, 84.4, 38. Cf. Desserteaux, *N. R. H.*, 1912, pp. 423-472.

3. Paul, *D.*, *h. t.*, 2 ; 7, 2. 3. Cette procédure ne peut naturellement se suivre contre l'État ; mais il a aussi fini par payer les dettes du patrimoine recueilli par lui, au moins jusqu'à concurrence de l'actif : *D.*, 48, 20, *De bon. damn.*, 4 ; *D.*, 15, 2, *Quando de pec.*, 1, 4 ; *C.*, 9, 49, *De bon. proscr.*, 5.

ment à une doctrine ancienne déjà combattue à l'époque classique, elle ne dissoudrait plus le contrat de société.

§ 3. — *Appendice.* — L'honorabilité civique. — Intestabilité Infamie. — *Turpitudo.*

Il n'y a de *capitis deminutio* que quand une personne perd la liberté, la cité ou la famille. Mais la capacité de droit peut être restreinte en dehors de là par certaines causes, qui, tout en laissant la personnalité, portent atteinte à l'honorabilité (*existimatio*) de l'individu [1]. Nous citerons seulement l'intestabilité, l'infamie et la *turpitudo*.

1. L'intestabilité, qui est la plus ancienne de ces déchéances, est l'incapacité d'être témoin et aussi de recourir au témoignage d'autrui [2], déchéance fort grave dans l'ancien droit où une bonne part des actes les plus importants (les actes *per aes et libram* : mancipation, *nexum*, testament *per aes et libram*, etc.) exigeaient le concours de témoins. Elle frappe, d'après les XII Tables, celui qui, après avoir été témoin ou porte-balance dans un acte, refuse son témoignage au sujet de cet acte ; d'après une loi postérieure, l'auteur d'un écrit diffamatoire (*carmen famosum*) [3].

2. L'infamie (*infamia*) [4] est encore souvent considérée comme une indignité unique dont les causes arrêtées par le droit produiraient à la fois trois déchéances : l'incapacité plus ou moins totale d'ester en justice, l'inéligibilité aux magistratures et la privation des droits électoraux. En réalité, on confond par là trois institutions qui sont parallèles, mais qui ont été presque jusqu'à la fin du droit romain parfaitement indépendantes : l'infamie censorienne résultant de la notation du censeur [5], une infamie qu'on peut appeler consulaire résultant de ce que le président d'une élection, donc le plus souvent le consul, refuse d'admettre un indigne sur la liste des candidats [6], et l'infamie prétorienne, résultant de ce que le préteur refuse d'admettre quelqu'un soit à plaider pour autrui (*postulare pro alio*), soit à agir devant lui par représentant judiciaire (*cognitor*, *procurator*) ou comme représentant judiciaire. En dehors de quelques lois de la fin de la République portant des causes fixes

1. Callistrate, *D.*, 50, 13, *De extr. cogn.*, 5, 1 : *Existimatio est dignitatis inlaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. 2. Minuitur existimatio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur... 3. Consumitur vero quotiens magna capitis minutio intervenit, veluti cum aqua igni interdicitur.*

2. Gaius, *D.*, 28,1, *Qui test. fac. poss.*, 26.

3. XII Tables, 8, 22 (*Textes*, p. 20). *D.*, 47, 10, *De inj.*, 5, 9.

4. Cf. Greenidge, *Infamia its place in roman public and private law* Oxford, 1894.

5. V. sur cette infamie, qui, en supprimant ou en modifiant la tribu, influe sur la condition du citoyen au point de vue de l'impôt, du service militaire et du droit de vote, Mommsen, *Dr. publ.*, 4, pp. 53-57.

6. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 2, pp. 143-146.

d'inéligibilité et de la constitution d'une sorte de jurisprudence administrative, les deux premières ont toujours dépendu de l'arbitraire des magistrats dont les décisions ne liaient même pas leurs successeurs[1]. L'infamie prononcée par le préteur[2] est celle qui est arrivée à avoir les cas d'application les plus arrêtés, embrassant certains actes, certaines professions, certaines condamnations (*judicia publica*, *actiones famosae*) énumérés dans l'édit. Mais elle-même n'était, jusqu'au temps des empereurs chrétiens, qu'une notion tirée par la doctrine des passages de l'édit qui déclaraient telle ou telle personne incapable de postuler pour autrui ou d'être représentant judiciaire ou d'en avoir un[3]. C'est Justinien qui, en achevant un mouvement commencé par les empereurs récents, a, par voie d'interpolation, transformé la liste des individus incapables de postuler pour autrui en un tableau des infâmes à la fois exclus de ces branches de l'activité judiciaire et des fonctions administratives.

3. La *turpitudo*, que les interprètes appellent aussi *infamia facti* par opposition à l'*infamia juris*[4], est tout simplement la déconsidération de fait dont sont frappées par l'opinion certaines personnes (*turpes personae*), quand bien même elles ne rentreraient pas dans les catégories du catalogue des infâmes. Elle ne devient une chose de droit qu'à raison de l'exclusion dont ces personnes sont frappées par la loi ou par le magistrat dans certains cas où l'on prend en considération la dignité, ainsi en matière de témoignage, de tutelle, pour certains mariages, pour les testaments faits au préjudice de certains parents.

1. La loi Julia de l'an 709 a, il est vrai, établi, lignes 108 et ss., une liste des causes d'inéligibilité, mais seulement pour les élections municipales.

2. Karlowa, *Z. R. G.*, 9, p. 204 et ss. Lenel, *Z. S. St.*, 2, pp. 54-62, et *Edictum*, § 16. Fr. Schulz, *Festschrift Zitelmann*, 1913, pp. 11-23.

3. Le Digeste contient un catalogue des infâmes qu'il présente comme extrait de l'édit du préteur (*D.*, 3, 2, *De his qui not.*, 1 : *Praetoris verba dicunt : infamia notatur*...). Mais M. Lenel a démontré que ce catalogue vient, comme deux autres textes parallèles, simplement d'une interpolation opérée par Justinien à l'aide du catalogue de ceux qui ne peuvent postuler que pour certaines personnes, seul contenu dans l'édit (*Textes*, pp. 141-142), et cette découverte a depuis eu la rare fortune d'être confirmée par les Institutes de Gaius où le texte aujourd'hui déchiffré porte précisément, 4, 182 : *Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur ut aliquis ignominiosus sit ; sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, aut item procuratoris aut cognitoris nomine judicio intervenire, ignominiosus esse* [*dicitur*].

4. *D.*, 37, 15, *De obseq.*, 2, *pr.*

CHAPITRE V. — CAPACITÉ DE FAIT[1].

Une personne peut, quand bien même elle serait capable de droit, être considérée comme n'ayant pas en fait l'aptitude à exercer elle-même les droits que la loi lui reconnaît, comme étant mise par la nature même dans l'impossibilité de se conduire et d'administrer son patrimoine. La capacité de fait suppose une personne ayant une volonté, susceptible de comprendre les conséquences et la portée de ses actes. Elle fait défaut totalement à ceux qui n'ont pas de volonté, à qui l'intelligence manque entièrement, partiellement à ceux qui, tout en ayant une intelligence et une volonté, ne sont pas susceptibles de se rendre compte des conséquences et de la portée de leurs actes. Seulement la détermination de ces incapacités naturelles peut elle-même être, selon les conceptions courantes, faite d'une manière différente dans des milieux juridiques divers.

A Rome l'incapacité de fait résulte : 1° par la force même des choses, de l'altération des facultés mentales, de la folie : incapacités du *furiosus*, du *mente captus* ; — 2° avec une nécessité égale, de l'âge qui, depuis la naissance jusqu'à un certain moment du développement, entraîne une inaptitude à l'activité juridique dont les termes et les degrés peuvent d'ailleurs varier ; incapacité des impubères graduée selon qu'ils sont *infantes*, *infantiae proximi*, ou *pubertati proximi*, plus tard incapacité des mineurs de 25 ans ; — 3° en vertu d'une notion déjà plus artificielle, mais qui se retrouve en droit moderne, de la prodigalité reconnue : incapacité du prodigue interdit ; — 4° enfin, dans une notion plus artificielle encore, mais qui n'est pas du tout propre à l'ancienne Rome, du sexe : incapacité des femmes.

L'incapacité est totale, absolue, relative à tous les actes : 1° pour les aliénés, pendant que dure leur folie[2] ; 2° pour les *infantes*[3], c'est-à-dire, à notre sens, non seulement dans l'ancien droit, mais en droit classique pour les enfants qui ne peuvent pas encore parler ; dans le droit de Justinien, pour les enfants âgés de moins de sept ans[4] ; 3° ancienne-

1. *Inst.*, 1, 13-27. *D.*, 26-27.
2. Pomponius, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 40 : *Furiosi... nulla voluntas est.* Gaius, 3, 106 : *Furiosus nullum negotium gerere potest quia non intellegit quid agat.*
3. Gaius, 3, 109 = *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 10 : *Infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent.*
4. L'*infans* est littéralement celui *qui fari non potest* et le mot a dû signifier légalement à l'origine ce qu'il veut dire littéralement. En revanche, à l'époque de Justinien, l'*infantia* finit à l'âge fixe de 7 ans, comme l'impuberté à l'âge fixe de 14 ans : *fari* signifie donc alors non pas parler, mais prononcer des paroles dont on entend le sens et on estime que cela se produit seulement à l'âge de 7 ans. La

ment pour les *infantiae proximi*, c'est-à-dire pour les impubères sortis de l'*infantia*, mais qui en sont encore voisins, sans que cette période finisse à une date fixe [1].

L'incapacité est partielle, restreinte aux actes par lesquels on rend sa condition pire, c'est-à-dire, qu'ils soient ou non avantageux, à tous ceux par lesquels on diminue son patrimoine, on aliène, on s'oblige, on renonce à un droit réel ou à un droit de créance : 1° pour les impubères *pubertati proximi*, c'est-à-dire, sans que la période commence à un âge fixe, pour ceux que l'on considère comme arrivés déjà à une certaine intelligence, comme ayant la volonté, sinon le jugement [2] ; 2° en vertu d'une modification du droit, qui s'est d'ailleurs opérée moins tôt qu'on ne dit souvent, pour les impubères *infantiae proximi*, originairement assimilés aux *infantes* [3] ; 3° pour les prodigues interdits [4] ; 4° anciennement aussi, croyons-nous, pour les femmes, quoique le mouvement du droit ait de bonne heure tendu à resserrer leur incapacité avant de la supprimer ; 5° enfin, dans le dernier état du droit, pour les mineurs de 25 ans en curatelle. — Ces personnes, qui ne peuvent rendre leur condition pire, peuvent en revanche procéder aux actes par lesquels on

question est de savoir s'il en était déjà ainsi à l'époque classique. On le soutient encore assez souvent chez nous en invoquant un grand nombre de textes du Digeste : v. par exemple Accarias, *Précis*, 1, p. 397 et ss. Il est cependant peu croyable qu'on eût déjà admis un âge fixe artificiel. pour la fin de l'*infantia*, à l'époque d'Ulpien et de Gaius par exemple, où cet expédient n'était pas encore admis par tout le monde pour dispenser de la preuve autrement délicate de la puberté. Quant aux textes, en dehors de textes qu'on invoque par confusion et qui se rapportent à l'ancienne incapacité des *infantiae proximi* (note 2), il n'y en a que deux de l'époque classique qui fixent la fin de l'*infantia* à 7 ans : un d'Ulpien, *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 1, 2, qui oppose *hi qui fari non possunt* à *hi qui supra septimum annum aetatis sunt* et qui est suspect à cause de son isolement, parce qu'i y a une quantité de textes du même auteur, où il aurait eu occasion d'indiquer ce critérium précis et où il parle seulement de *fari non posse* ; un de Modestin, *D.*, 23, 1, *De spons.*, 14, qui commence par dire que, pour les fiançailles, l'âge des parties n'est pas fixe comme en matière de mariage et qui continue en disant qu'elles ne peuvent être conclues que quand les parties ont l'intelligence de leurs actes, c'est-à-dire quand elles ont l'âge de 7 ans, dont la fin est donc en contradiction avec le commencement et aussi avec le principe selon lequel l'intelligence n'existe pas plus chez les *infantiae proximi* que chez les *infantes*. L'idée d'après laquelle l'enfance finit à 7 ans est une idée d'origine grecque, qui apparaît déjà à Rome chez les littérateurs du début de l'Empire, mais qui est inconnue aux jurisconsultes classiques, qu'une constitution de 407 (*C. Th.*, 8, 18, *De bon mat.*, 8) semble accueillir à titre d'innovation dans un cas isolé (*infantis filii aetatem nostra auctoritate praescribimus*) et qui n'a peut-être été admise comme principe général que par Justinien. V. Pernice, *Labeo*, 1, p. 214 et ss. Buhl, *Salvius Julianus*, 1, p. 150 et ss.

1. Gaius, 3. 109 (p. 203, n. 3).

2. *Inst*, 1, 21, *De auct. tut.*, *pr.* : *Placuit meliorem condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore.*

3. Gaius, 3, 109 : *Sed in his pupillis propter utilitatem benignior juris interpretatio facta est. Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 10.

4. Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 6.

rend sa condition meilleure, c'est-à-dire qu'ils soient avantageux ou non, à ceux par lesquels on augmente son patrimoine, on acquiert un droit de propriété, un droit réel, un droit de créance, on se libère d'une obligation ou d'une charge réelle. De plus, à l'exception des *infantiae proximi*, qui ne sont plus en droit récent séparés que par là des *pubertati proximi*, toutes ces personnes peuvent rendre leur condition pire par un certain mode de s'obliger : étant considérées comme ayant l'intelligence du bien et du mal, elles peuvent s'obliger par leurs délits [1].

Les règles des incapacités de fait sont, en principe, également établies pour les personnes *alieni juris* et les personnes *sui juris*. Sauf la prodigalité, qui ne se conçoit guère que chez un individu ayant un patrimoine, les incapacités de fait peuvent aussi bien réduire l'aptitude à figurer dans les actes juridiques chez les unes que chez les autres. Ainsi le fils de famille *infans* sera incapable d'acquérir pour son père, le fils de famille impubère sera incapable de s'obliger, comme l'*infans sui juris* est incapable d'acquérir pour lui-même, comme l'impubère *sui juris* est incapable de s'obliger. Seulement ces incapacités présentent un intérêt pratique particulier et requièrent des remèdes spéciaux, quand l'incapable est un *sui juris*. Tandis qu'on les laisse sans inconvénient sortir leur plein effet chez l'incapable *alieni juris*, qui, du moins anciennement, n'a pas de biens à lui [2], il a fallu mettre à côté de l'incapable *sui juris*, qui a un patrimoine à gérer, un pouvoir qui supplée, relativement à ce patrimoine, à son défaut d'activité.

Ce pouvoir est, à Rome, tantôt une tutelle, tantôt une curatelle. La tutelle a deux principaux caractères distinctifs : c'est de n'exister que quand l'incapable est une femme ou un impubère, tandis que la curatelle intervient dans des cas multiples, toujours devenus plus nombreux, puis d'avoir dans l'*auctoritas tutoris* un trait original qui fait défaut à la curatelle. Mais, en dépit de ces différences, les deux institutions, de la séparation desquelles le fondement est contesté [3], sont des institu-

1. Ulpien, *D.*, 44, 4, *De d. m. exc.*, 4,26 : *Julianus saepissime scripsit doli pupillos qui prope pubertatem sunt capaces esse.* Cette distinction entre le pupille *pubertati proximus*, qui est *doli capax*, et les *infantes* et *infantiae proximi*, qui ne le sont pas, n'a pas toujours existé et ne remonte peut-être pas au delà de Julien. Dans le régime primitif des XII Tables, l'impubère est, sans question d'imputabilité, soumis, au moins pour certains délits, à des peines atténuées (XII Tables, 8, 9. 14). V. sur ce régime et sur l'évolution qui a conduit au système nouveau, Pernice, *Labeo*, 1, p. 216 et ss.

2. V. par ex. *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 10 : *Sed qui in parentis potestate est impubes ne auctore quidem patre obligatur.*

3. On a dit par exemple que la tutelle suppose seule une personnalité incomplète que l'*auctoritas* sert à compléter ; on a dit encore qu'elle s'applique aux seuls *sui juris* exclus régulièrement de l'armée par leur âge ou leur sexe, et en conséquence regardés comme dépourvus de la force nécessaire à défendre leurs droits, tandis que la curatelle s'applique à des individus qui en font régulièrement partie, qui en sont seulement exclus à titre accidentel.

tions voisines, qui remontent l'une et l'autre par leurs origines aux temps les plus reculés du droit romain et qui ont depuis lors jusqu'au temps de Justinien accompli une évolution symétrique, jusqu'à un certain point parallèle à celle de la *patria potestas* et des autres puissances familiales. Elles remontent l'une et l'autre aux XII Tables où l'on trouve à la fois la tutelle des femmes et des impubères et la curatelle des fous et des prodigues. Elles ont commencé l'une et l'autre par être organisées sur le type unilatéral de toutes les puissances romaines, sous la forme de droits purs et simples reconnus, sans contrepoids, aux tuteurs et aux curateurs dans leur propre intérêt et elles sont devenues toutes deux des charges qui leur sont imposées dans l'intérêt des incapables, si bien même que celle des tutelles qui ne pouvait s'accommoder à ce nouveau point de vue, la tutelle des femmes, a fini par disparaître : elles se sont transformées de *potestates* en *munera* [1]. Nous croyons utile de rappeler cette unité de principe et de développement avant de décrire séparément les deux institutions.

SECTION I. — **Tutelle** [2].

La tutelle est le pouvoir régulier mis à côté des impubères et des femmes *sui juris* [3]. Nous l'étudierons simultanément pour les deux classes

1. C'est parce qu'elles ont fini par être des charges qu'on les classe parmi les *munera personalia* (*D.*, 50, 4, *De mun.*, 1, 4. *Inst.*, 1, 25, *De excus.*, *pr.*) et qu'il faut une excuse pour s'y soustraire ; que Justinien (*Inst.*, 1, 17, *De leg. patr. tut.*, 1 ; 1, 25, *De exc.*, 2) parle de l'*onus tutelae* ; que la tutelle est déjà représentée à la fin de la République comme établie dans l'intérêt du pupille *ad tuendum eum qui se defendere nequit*, dans la définition de Servius Sulpicius (n. 3). Mais elles ont commencé par être considérées légalement comme des puissances familiales unilatérales, comme des droits purs et simples. La preuve en est déjà dans le nom de *potestas* encore donné à la tutelle dans la même définition (v. de plus Cicéron, *Pro Mur.*, 12,27), donné à la curatelle par la loi des XII Tables, 5, 7, dans celui de *manus* donné à la tutelle des femmes par Tite-Live, 34,2,11. Elle est aussi dans les faits concrets, dans le pouvoir des tuteurs légitimes d'en faire *in jure cessio*, qui est attesté pour la tutelle de la femme et qui primitivement a dû exister partout (p. 225, n. 4) ; dans le droit de la revendiquer qui en résulte pour eux, l'*in jure cessio* étant une revendication simulée ; dans ce qu'anciennement la loi ne s'occupait pas de donner de tuteurs ni de curateurs aux incapables qui n'avaient pas d'héritiers légitimes (p. 210) ; dans ce que plus longtemps encore les tuteurs n'étaient pas obligés de gérer, étaient responsables, s'ils géraient mal, mais non lorsqu'ils ne géraient pas (p. 222, n. 3). Les devoirs purement moraux dont le tuteur est tenu envers le pupille (Aulu-Gelle, 5, 13) ne sont pas la contradiction, mais la confirmation de cette idée.

2 Cf. Rudorff, *Recht der Vormundschaft*, 3 vol., 1833 et ss. A. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 184-196. Karlowa, *R. R. G.*, 2, 1, pp. 269-301. Taubenschlag, *Vormundschaftsrechtliche Studien*, 1913.

3. Paul, *D.*, 26,1, *De tut.*, 1, *pr. Inst.*, 1, 13, *De tut.*, 1 : *Tutela est, ut Servius definit, vis* (ou *jus* ?) *ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem* (Servius devait dire : *eum eamve qui propter aetatem vel sexum*) *sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa*.

d'incapables en passant rapidement sur son établissement et son extinction pour insister seulement un peu sur son fonctionnement.

§ 1. — Ouverture de la tutelle. — Diverses tutelles.

La tutelle suppose un incapable *sui juris*. Elle ne s'applique pas aux *alieni juris*, qui ne peuvent avoir de biens à administrer dans l'ancien droit, où ils n'ont pas de biens propres, ni même normalement dans le droit nouveau, où les biens adventices sont soumis à l'administration et à la jouissance du père. Quand, par exception, un fils de famille impubère a, dans le droit nouveau, des biens adventices soustraits à l'administration du père, il ne reçoit pas de tuteur : on lui nomme un curateur. La tutelle ne s'ouvre que lorsqu'un impubère ou une femme devient *sui juris*, c'est-à-dire principalement par la mort du *paterfamilias* qui les avait directement sous sa *patria potestas* ou sa *manus*, mais aussi par d'autres causes, par exemple, par la *capitis deminutio maxima* ou *media* de ce *paterfamilias* ; par l'affranchissement *ante pubertatem* des esclaves du sexe masculin ; par l'affranchissement quelconque des femmes ; par l'émancipation *ante pubertatem* des fils et par l'émancipation quelconque des filles ; pour la femme *in manu*, par la sortie de la *manus* qui suit le divorce ; pour les enfants nés hors mariage, par la naissance même.

Quant à la manière dont elle est déférée, la tutelle a commencé par être attribuée, comme l'hérédité, aux parents civils par la loi. Mais, de même que l'hérédité testamentaire a pris le pas sur l'hérédité ab intestat, la tutelle testamentaire a de bonne heure rejeté la tutelle légitime au second rang, et, à une époque sensiblement plus récente, on a organisé une troisième tutelle pour ceux qui ne sont pas soumis aux deux premières : la tutelle déférée par le magistrat .

1. *Tutelle testamentaire*[2]. Le tuteur testamentaire est le tuteur nommé par le père ou le mari dans son testament à la femme ou à l'enfant que sa mort doit rendre *sui juris*[3]. En conséquence : *a*) il doit présenter les conditions de capacité requises chez un tuteur et qui d'ailleurs, à l'origine, sont uniquement la liberté, le sexe masculin et, avec une réserve pour les Latins[4], le droit de cité ; *b*) la nomination,

1. On distingue en conséquence les tutelles en *testamentaria*, *legitima* ou *dativa* ; mais il convient de remarquer que les textes désignent aussi la tutelle testamentaire du nom de *dativa* (v. par ex. Ulpien, 11, 14).

2. *Inst.*, 1, 14, *Qui dari tut. test. poss.*

3. En vertu des XII Tables, d'après Ulpien, *Reg.*, 11, 14. La légende fait remonter la tutelle testamentaire à l'époque royale (Tite-Live, 1, 34).

4. Les Latins Juniens seuls sont incapables d'être nommés tuteurs testamentaires (Ulpien, 11, 16). Les esclaves peuvent être nommés tuteurs par leur maître à condition d'être affranchis dans son testament (*Inst.*, *h. t.*, 1). Femmes : *D.*, 26, 1, *De tut.*, 18.

étant un acte de puissance, ne peut émaner que d'une personne ayant cette puissance, ni de l'ascendant qui ne l'a plus, ni d'un autre parent qui ne l'a pas ; *c*) étant une disposition testamentaire, elle doit être faite dans la forme des dispositions testamentaires, ce qui n'empêche pas de l'affecter d'un terme ou d'une condition [1], ni même, par une particularité qui est le seul trait propre de la tutelle testamentaire des femmes, de laisser à la femme le soin de choisir elle-même son tuteur (*tutoris optio*) [2], mais ce qui implique une désignation faite dans un testament valable, en termes sacramentels arrêtés, mise à une place arrêtée du testament (après l'institution d'héritier).

Mais le mouvement historique du droit a profondément remanié ces règles, dans le sens d'une sévérité plus grande pour la première, dans celui d'une moindre rigueur pour les deux autres. Le droit de Justinien considère comme incapables d'occuper la tutelle testamentaire, aussi bien que toute autre, tous ceux qui paraissent ne pas devoir la bien gérer, c'est-à-dire les muets, les sourds et les fous que les magistrats avaient déjà pris l'habitude de forcer à décliner la tutelle (*excusatio necessaria*), puis en outre les mineurs de 25 ans, les soldats, les moines et les évêques et les créanciers et les débiteurs du pupille [3]. — En revanche, une partie des anciennes exigences de forme a été abolie par l'évolution générale des règles de testament (qui a permis de faire une nomination valable, dans des termes quelconques, même avant l'institution d'héritier, même hors du testament dans des codicilles testamentaires). — Enfin et surtout, en vertu de la même idée qui a rendu plus sévère en matière de capacité, en partant de l'intérêt du pupille qui semble mieux sauvegardé par des tuteurs testamentaires, individuellement choisis, que par des tuteurs légitimes aveuglément désignés par la loi, des constitutions impériales ont autorisé les magistrats chargés de nommer les tuteurs à confirmer tantôt après enquête, tantôt sans enquête les tuteurs désignés soit dans des formes irrégulières, soit par des parents qui n'avaient pas la puissance : ainsi sans enquête le tuteur nommé par l'ascendant paternel à l'enfant émancipé, ainsi après enquête le tuteur nommé à l'enfant par la mère ou par un tiers qui lui a fait une libéralité testamentaire, ainsi encore celui nommé dans un tes-

1. *Inst.*, *h. t.*, 3.

2. Gaius, 1, 150-154. L'*optio* est *plena* ou *augusta*, selon que le droit de choisir est concédé à la femme pour autant de fois qu'il lui plaira ou pour un nombre de fois limité. Cette institution inventée par la doctrine (*recepta est*, dit Gaius) date au plus tard du VI[e] siècle où la *tutoris optio* fut accordée à la femme qui avait dénoncé la conjuration des Bacchanales (Tite-Live, 39, 19). Autres mentions dans la loi de Salpensa, c. 22, et peut-être dans Plaute, *Truculentus*, 4, 4, 6.

3. Paul, *D.*, 26, 1, *De tut.*, 17 ; *Inst.*, 1, 25, *De excus.*, 13-14 ; Nov. 72, c. 1-4. Nov. 123, c. 5.

tament nul en la forme [1]. Et, quoique étant en réalité des tuteurs nommés par le magistrat, ces tuteurs priment les tuteurs légitimes.

2. *Tutelle légitime* [2]. La tutelle légitime, attribuée aux héritiers présomptifs du pupille ou de la femme [3], est celle où s'exprime le plus nettement le caractère primitif de la tutelle établie dans l'intérêt du tuteur : en conséquence, elle appartenait anciennement aux héritiers présomptifs hors d'état de la gérer à raison de leur folie et, semble-t-il même, de leur propre impuberté [4] ; mais elle a subi quant aux conditions de capacité la même évolution que la tutelle testamentaire. Elle a en outre eu son champ d'application de plus en plus rétréci par la défaveur du droit, entre la tutelle testamentaire, dont nous venons de voir les extensions, et la tutelle déférée par le magistrat, qui la supplante aussi, soit provisoirement, soit définitivement, dans un certain nombre de cas [5].

Allant avec le droit de succession, elle est attribuée par la loi, soit en vertu de la parenté, soit en vertu du patronat. *a*) Les parents, dont la tutelle était expressément reconnue par les XII Tables et a été abolie pour les femmes par la loi de l'empereur Claude [6], étaient, d'après l'ancien système de parenté civile, les agnats les plus proches et à leur défaut les gentils [7]. Sous l'Empire, où un droit de succession de plus en plus avantageux fut reconnu aux cognats, ils ne furent pourtant pas appelés à la tutelle légitime, sauf des exceptions faites pour la mère, la grand'mère et les frères du pupille [8]. Ils ne remplacèrent les agnats dans la tutelle qu'en vertu de la même novelle de Justinien qui mit définitivement

1. *D.*, 26, 3. *De conf. tut.*

2. *Inst.*, 1, 15. *De leg. adgn. tut.* ; 1, 17, *De leg. patr. tut.* ; 1, 18, *De leg. par. tut.* ; 1, 19, *De fiduc. tut.*

3. Ulpien. *D*., 26, 4, *De leg. tut.*, 1, *pr.* : *Ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne delapidarentur.* Cf. Q. Mucius, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 73, *pr.*

4. *D.*, 26, 1, *De tut.*, 17. Ulpien, 11,21,22. Cf. pourtant sur l'impubère, Karlowa, 2, p. 274. La parenté ne pouvant exister qu'entre citoyens, la tutelle légitime qu'elle fonde semble ne pouvoir exister qu'au profit du citoyen ; mais d'après les fr. du Sinaï, 16, le citoyen semble rester tuteur de son frère inscrit dans une colonie latine.

5. *D.*, 26, 2, *De test. tut.*, 11, *pr.* : *Sciendum est quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare.* Applications au cas où le tuteur testamentaire est nommé sous un terme ou une condition, à celui où le tuteur est prisonnier de guerre chez Gaius, 1, 186. 187.

6. Ulpien, 11, 8 ; Gaius, 1, 157 ; si Gaius ne parle que de la tutelle des agnats, c'est que celle des gentils était déjà en désuétude à son époque et peut-être à celle de la loi.

7. Gaius 1, 155. Il ne parle encore que de la tutelle des agnats ; mais celle des gentils est certaine, d'abord à cause de la symétrie existant entre la vocation héréditaire et la tutelle légitime, ensuite d'après la *laudatio* dite de Turia qui l'atteste pour les femmes, lignes 20 et ss. (*Textes*, p. 814).

8. *C.*, 5, 35, *Quando mulier*, 2. *C.*, 5, 30, *De leg. tut.*, 4.

la parenté naturelle à la place de la parenté civile comme base du droit de succession. — *b*) Le patron et ses descendants sont appelés, non pas par le texte des XII Tables, mais par une interprétation de ce texte tirée de leur vocation successorale, à la tutelle de leurs affranchis, qu'ils aient été affranchis de l'esclavage ou de la *causa mancipii*, comme cela se présente notamment au cas d'émancipation, où le tuteur prend le nom de tuteur fiduciaire sauf le *parens manumissor* auquel on donne par déférence le nom de tuteur légitime.

3. *Tutelle déférée par le magistrat* [1]. Cette tutelle n'existait pas anciennement toujours parce que la tutelle était alors organisée dans l'intérêt du tuteur. Quand la personne n'avait pas reçu de tuteur testamentaire et qu'elle n'avait pas non plus d'héritier présomptif, qu'elle n'avait ni parent civil, ni patron (ainsi qu'il arrive par exemple à l'enfant né hors mariage), elle n'avait pas de tuteur.

La tutelle déférée par le magistrat a été créée afin de combler cette lacune, d'abord pour Rome et l'Italie par une loi Atilia qui paraît antérieure à la découverte de la conjuration des Bacchanales en 568 [2], puis pour les provinces soit par une loi Julia Titia unique qui serait alors sans doute des consuls de 723, soit plutôt par une loi Julia et une loi Titia de dates indécises [3]. Elle a probablement été établie pour ceux qui n'avaient aucun tuteur, ni testamentaire, ni légitime ; mais elle a ensuite été étendue à des cas où les tuteurs testamentaires et légitimes existants faisaient défaut plus ou moins absolument, et elle se présente aussi par exception à titre temporaire pour l'accomplissement de certains actes isolés au profit d'incapables ayant un tuteur en exercice [4].

Pour que le magistrat puisse procéder à cette nomination, il faut qu'il en tienne d'une loi le pouvoir spécial, qui, malgré les coïncidences fréquentes réunissant les deux autorités dans la même main, ne doit pas

1. *Inst.*, 1. 20, *De Atiliano tutore vel eo qui ex lege Julia et Titia dabatur*.

2. La loi, chargeant de la nomination du tuteur le préteur et la majorité des tribuns, ne peut être antérieure à l'an 387 où fut créée la préture. Mais elle ne peut être postérieure à l'an 568, date de la découverte de la conjuration avant laquelle la révélatrice s'était fait nommer un tuteur par le préteur et les tribuns (Tite-Live, 39, 9).

3. La façon dont les textes parlent de *lex Julia et Titia* et le renvoi des fragments du Sinaï, 20, à la loi Titia sont favorables à la dualité.

4. Le cas le plus saillant de tutelle spéciale est celui où, le pupille ayant un procès avec son tuteur, on lui nomme pour lui servir d'*auctor* dans ce procès (Gaius, 1, 184. Ulpien, 11, 24) un tuteur spécial nommé *moribus*, dit Ulpien, et désigné du nom de *tutor praetorius*, que M. Karlowa croit même, à raison de ces deux particularités, avoir été nommé là par le préteur dès avant la loi Atilia, en vertu d'un droit général de protéger les incapables (Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 56). Un tuteur spécial est encore donné en vertu de la loi Julia *de maritandis ordinibus* à la femme, pour l'autoriser à se constituer une dot, quand son tuteur est impubère (Ulpien, 11, 20 ; cf. 11, 22. Gaius, 1. 180. 181).

être confondu avec les pouvoirs ordinaires des magistrats judiciaires [1]. Ce pouvoir a appartenu : à Rome, à l'origine, au préteur urbain assisté de la majorité des tribuns, ensuite à des autorités uniques faisant la nomination après une enquête qui remplaçait le contrôle des tribuns, depuis Claude, aux consuls, depuis Marc-Aurèle et L. Verus, à un préteur spécial, le préteur tutélaire [2], à côté duquel on trouve même plus tard pour les enfants de grandes familles le *praefectus urbi* ; — en Italie, aux mêmes autorités, peut-être avec un certain partage avec les magistrats municipaux, certainement, depuis Hadrien, en concours avec les *juridici* préposés à la plupart des régions de l'Italie [3] ; — en province, au gouverneur au-dessous duquel les magistrats locaux ont été chargés sous l'Empire de la présentation des tuteurs après enquête pour les enfants les plus fortunés et même de leur nomination sans enquête pour les moins fortunés [4]. — La demande de nomination du tuteur, qui paraît avoir été accompagnée de la proposition d'une personne déterminée (*nominatio*), pouvait être formée par toute personne, même par l'incapable lui-même [5] et elle devait l'être par certaines : par la mère et plus tard par tous les héritiers présomptifs, à peine de déchéance de leurs droits successoraux ; par les affranchis du père, à peine de châtiments corporels.

Quant aux personnes sur lesquelles le choix du magistrat peut porter, il est à remarquer que c'est particulièrement en cette matière que s'est développé, à côté du système des incapacités, le système des excuses en vertu desquelles un individu capable d'être tuteur peut se soustraire, soit à une tutelle qu'il n'a pas encore prise, soit à une tutelle déjà prise (*excusationes a suscipienda, a suscepta tutela*). Ce système, sur lequel

1. Ulpien, *D.*, 26, 1. *De tut.*, 6, 2. V. cependant l'interprétation divergente de ce texte donnée par M. Wlassak, *Kritische Studien*, 1884, pp. 26-31. *Processgesetze*, 2, p. 191.

2. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* Suétone, *Claud.*, 23. *Vita Marci*, 10. *C. I. L.*, V, 1874. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, pp. 379. 119. 259. Cf. pourtant, Kuebler, *Festgabe für Hirschfeld*, 1903, pp. 51-52. C'est un point délicat de savoir dans quelle mesure le transfert de la nomination des tuteurs aux consuls et au préteur tutélaire a enlevé, même en dehors de la justice civile, sa compétence en matière de tutelle au préteur urbain. Il ne paraît plus avoir à s'occuper de la nomination des tuteurs ni des excuses (dont Ulpien traite dans sa monographie *De officio praetoris tutelaris*) ; mais il garde sûrement la nomination du *tutor praetorius* (Ulpien, 11, 20. 24), c'est lui qui est sûrement appelé à autoriser les aliénations visées par l'*oratio Severi* (*D.*, 27, 9. *De reb. eor.*, 1, 2) et il statue probablement toujours sur le *crimen suspecti*. V. Pernice, *Z. S. St.*, 14, 1893, p. 170 et ss.

3. V. sur les *juridici*, Mommsen, *Dr. publ.*, 5, p. 392 et ss. Le droit de nommer les tuteurs est reconnu aux magistrats municipaux des cités de citoyens par Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 286 et Mitteis, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 391-392 ; il leur est contesté par Mommsen, *Ges. Schr.*, 1, 1905, p. 331, n. 137. La loi de Salpensa, c. 29, l'atteste expressément pour les magistrats des cités latines.

4. *Inst.*, *h. t.*, 4.

5. En vertu de la loi Titia, d'après les fragments du Sinaï, 20. V. Mitteis, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 390-403.

nous nous dispenserons d'insister [1], est, à l'époque de Justinien, commun à toutes les tutelles ; mais, supposant chez le tuteur une obligation d'accepter la tutelle et de la garder, il n'a pu s'appliquer que depuis une période relativement avancée de l'époque des jurisconsultes classiques aux tuteurs testamentaires qui ont d'abord eu le droit de repousser (*abdicare*) la tutelle à leur gré [2] et il n'a été étendu que plus tard encore aux tuteurs légitimes [3].

§ 2. — Extinction de la tutelle [4].

La tutelle peut s'éteindre, ou d'une manière absolue chez la personne en tutelle, ou d'une manière relative chez le tuteur.

L'extinction relative se produit dans la personne du tuteur. Elle donne lieu à l'ouverture d'une autre tutelle en même temps qu'au règlement des comptes de la précédente. Elle résulte de la mort du tuteur ; de sa *capitis deminutio maxima* ou *media* ; de sa *capitis deminutio minima*, pour la tutelle légitime ; de l'arrivée du terme ou de la condition résolutoire ; de l'admission d'une excuse *a suscepta tutela* ; enfin de la destitution du tuteur provoquée par le *crimen suspecti tutoris* (p. 218).

L'extinction absolue se produit dans la personne en tutelle. Elle entraîne règlement de compte sans nomination de nouveau tuteur. Elle résulte de la mort de la personne en tutelle, de sa *capitis deminutio* quelconque et surtout de la fin de l'incapacité qui se produit régulièrement chez l'homme à l'arrivée de la puberté (p. 159, n. 3), exceptionnellement chez la femme, par l'acquisition de la qualité de vestale, et en

1. *Inst.*, 1, 25, *De excus.* Cf. Accarias, 1, pp. 351-352. A. Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, pp. 25-28. 19, 1898, p. 88. E. Albertario, *Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori*, 1912.

2. Le droit d'abdiquer la tutelle est attesté pour le tuteur testamentaire par un papyrus de l'an 14 av. J.-C. (Mitteis, *Chrestom.*, n° 169). En revanche, le texte d'Ulpien, *Reg.*, 11, 17, qui donne la même solution, ne le fait que par réminiscence, s'il ne doit pas être entendu comme visant uniquement la tutelle des femmes ; car le système des excuses est étendu aux tuteurs testamentaires des impubères par des textes nécessairement purs du même Ulpien aux *F. V.* (v. par ex. *F. V.*, 147. 156) et remonterait un peu plus haut d'après certains textes du Digeste. En revanche, il ne peut leur avoir été étendu avant l'avènement de Marc-Aurèle ; car un autre texte d'Ulpien, *D.*, 49, 4, *Quando appell*, 1, 1, nous apprend qu'avant cet empereur, l'excuse était invoquée sous la forme d'un appel contre la nomination du tuteur, qui n'était naturellement possible que contre un décret de magistrat, donc contre une nomination par le magistrat. V. Solazzi, *Rendiconti dell'Ist. Lombardo*, 49, 1916, pp. 202-214.

3. Les textes des *F. V.*, par ex. *F. V.*, 147. 156, qui prouvent que les excuses s'appliquaient à leur époque aux tuteurs testamentaires (n. 2), prouvent qu'elles ne s'appliquaient pas encore alors aux tuteurs légitimes. En dépit des dates plus anciennes données par certains textes, sans doute interpolés, les premiers témoignages sûrs de leur extension aux tuteurs légitimes, paraissent à M Solazzi, *Minore età*, 1913, pp. 272-285, se trouver dans des constitutions de Valentinien, Théodose et Arcadius.

4. *Inst.*, 1, 22, *Quibus modis tut. fin.*

outre, sous l'Empire par l'obtention du *jus liberorum*, relèvement de leur infériorité concédé aux femmes qui avaient un certain nombre d'enfants et parfois accordé sans cela par faveur individuelle (p. 227, n. 1).

3. — Administration de la tutelle.

En sa qualité de *potestas*, la tutelle portait sans doute anciennement à la fois sur la personne et les biens. Elle a plus tard été très sagement restreinte aux biens, tandis que la garde de la personne, en tant que de besoin, — quand il s'agissait d'un impubère et non d'une femme, — était confiée par le magistrat à un parent, notamment à la mère, et que le rôle du tuteur se bornait à une surveillance et à l'allocation d'une pension fixée par le magistrat [1]. Nous n'avons donc ici à nous occuper que de l'administration du patrimoine. Nous l'étudierons d'abord pour la tutelle des impubères en examinant : les moyens dont le tuteur dispose pour remédier à l'incapacité du pupille, ses procédés de gestion ; puis les actes qu'il a le droit d'accomplir à l'aide de ces procédés, c'est-à-dire ses pouvoirs ; enfin sa responsabilité, c'est-à-dire les actions qui peuvent être intentées contre lui à raison de sa gestion. Nous indiquerons ensuite sommairement jusqu'à quel point et jusqu'à quel moment ces règles se sont appliquées à la tutelle des femmes.

I. Procédés de gestion du tuteur. — Quand l'impubère est *infans* et anciennement quand il est *infantiae proximus*, il ne peut procéder à aucun acte. Après cela, — anciennement quand il est devenu *pubertati proximus* et plus tard dès qu'il est sorti de l'*infantia*, — il peut devenir propriétaire, créancier, se libérer d'une charge réelle ou d'une dette. Mais il ne peut aliéner, devenir débiteur, renoncer à une créance, à un droit réel [2]. Et par suite du caractère complexe de la plupart des opérations juridiques, les conséquences de son incapacité s'étendent même bien plus loin. D'abord, l'impubère est incapable de faire une adition d'hérédité, qui est principalement une acquisition, mais qui en même temps oblige aux dettes du défunt et qu'à raison de son caractère indivisible, on déclare, comme d'ailleurs la répudiation, nulle pour le tout quand il la fait seul [3]. Ensuite dans d'autres opérations bien plus fréquentes, celles de la vie journalière où l'on n'obtient un avantage que moyennant un sacrifice, le paiement où l'on verse des deniers pour se libérer d'une dette, le prêt où on les verse pour acquérir une créance, le contrat consensuel de vente où l'acheteur devient débiteur du prix pour devenir créancier de la chose par exemple, on analyse l'opéra-

1. *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 12, 3. *D.*, 27, 2, *Ubi pup. ed.*, 1 ; 2 ; 3 ; 6.
2. *Inst.*, 1, 21, *De auct. tut.*, *pr.*
3. *Inst.*, 1, 21, *De auct. tut.*, *pr.* 1. V., pour la répudiation, Dioclétien, *C.*, 6, 31, *De rep. her.*, 5.

tion en ses deux termes : on dit que l'impubère, capable de rendre sa condition meilleure et incapable de la rendre pire, acquiert les deniers qu'on lui donne en paiement, mais ne perd pas la créance qu'on voulait éteindre, acquiert ceux qu'on lui prête et ne devient pas débiteur de leur restitution, devient, dans la vente consensuelle, créancier de la chose vendue sans devenir débiteur du prix [1] : ce qui naturellement en pratique revient à lui fermer toutes ces opérations. A la vérité, la rigueur du système fut, au moins en partie dès l'époque classique, atténuée par d'autres principes : ainsi, au premier cas, à raison de la règle selon laquelle nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, on a tenu le pupille pour dépouillé de sa créance dans la mesure de son enrichissement [2] ; au second, on l'a tenu pour obligé à restitution dans la même mesure, à raison de la même règle [3] ; au troisième, en matière de contrat synallagmatique, on ne lui a permis d'obtenir l'exécution qu'en l'offrant lui-même [4] ; mais néanmoins les tiers devaient évidemment refuser de procéder avec lui à des actes dont ils ne devaient avoir le bénéfice que s'il ne gaspillait pas les sommes fournies par eux, de conclure avec lui des contrats qu'il dépendait de lui de tenir pour valables ou nuls selon son avantage. En somme, son incapacité s'étendait, en fait, à toutes les opérations qui n'étaient pas de purs actes d'enrichissement, c'est-à-dire à tous les actes courants de la vie juridique, et même, en droit, à l'acceptation ou à la répudiation des successions.

Cependant, avons-nous déjà vu, le droit ne s'occupe pas en principe de suppléer à cette incapacité chez l'impubère *alieni juris*. Il y a une exception pour les successions que l'impubère *alieni juris* peut accepter ou répudier avec l'adhésion du père ou du maître consentant à en assumer les charges (*jussu patris aut domini*). Mais c'est tout. L'*infans* ne peut rien ; mais il n'a besoin de rien faire. L'impubère sorti de l'*infantia* ne peut procéder qu'aux actes de pur enrichissement ; mais, sauf de rares exceptions propres au droit nouveau (p. 145, n. 1), il n'a pas besoin de faire autre chose : il n'a pas de biens à aliéner, il n'a pas besoin de faire des dettes.

Au contraire, l'impubère *sui juris* a un patrimoine dont la bonne gestion nécessitera la plupart des actes que le pupille ne peut faire. Cela regarde le tuteur qui, pour en assurer la réalisation, a deux procédés

1. Justinien, *Inst.*, 1, 21, *De auct.*, *pr. in fine*, le dit encore positivement à une époque où cela avait cessé d'être vrai.

2. Gaius, 2, 84 : *Sed tamen si ex ea pecunia (quam solvit debitor pupillo) locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest.*

3. Ulpien, *D.*, 26, 8, *De auct. tut.*, 5, *pr.* : *In pupillum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam D. Pius rescripsit.* M. Albertario a récemment soutenu, *Rendiconti dell' Ist. Lombardo*, 1913, pp. 845-873, que ce texte et tous ceux, fort nombreux, qui donnent la même solution, seraient interpolés.

4. Paul, *D.*, 18, 5, *De resc. vend.*, 7, 1.

distincts : la *negotiorum gestio*, où il agit à la place du pupille, en tant que le permet le droit romain, dans une mesure qui varie avec les actes et les temps ; l'*auctoritatis interpositio*, où il complète la personnalité du pupille en lui permettant par là de faire des actes que ce pupille ne pourrait faire seul [1].

1. L'*auctoritatis interpositio* est celui des deux procédés qui a la plus grande originalité. L'*auctoritas tutoris* qu'il ne faudrait pas confondre avec les autorisations modernes, telle que l'autorisation maritale, n'est ni une autorisation ni une adhésion. C'est une coopération. Pour faire accomplir au pupille un acte préalablement arrêté non pas par le pupille, mais par lui-même, le tuteur complète, renforce la personnalité juridique incomplète du pupille (*auget personam pupilli*). L'*auctoritas*, dont les règles s'expliquent assez bien par son caractère fondamental, doit, au point de vue de la forme, être donnée par le tuteur présent au pupille présent, au moment même de l'acte [2], et elle devait sans doute aussi anciennement être donnée en termes sacramentels, — probablement sur l'interrogation du tiers : *auctorne fis* ? par la réponse : *auctor fio* [3] ; — au point de vue du fond, elle doit être donnée par le tuteur lui-même sans pouvoir être suppléée, comme l'autorisation maritale moderne et même parfois (en matière de mariage, depuis la loi Julia : p. 158, n. 1) le *jussum patris*, par une décision de justice [4], être donné purement et simplement, sans aucune modalité [5], et enfin ne pas être donnée dans une affaire concernant le tuteur, car il ne peut être *auctor in rem suam* [6].

Le procédé qui consiste à faire agir le pupille, soit avec l'*auctoritas*, pour les actes qui rendent la condition pire, soit seul, pour les actes qui rendent la condition meilleure, est, lorsque son emploi est possible, celui qui satisfait le mieux à tous les intérêts, à ceux du tuteur et à ceux du pupille. Quant au pupille, on peut accomplir par ce procédé tous les actes, même les plus rigoureusement personnels (adition d'hérédité) ; car c'est lui-même qui agit avec un concours rendant complète sa personnalité incomplète, et, par la même raison, c'est dans sa personne que se produisent les conséquences des actes, c'est lui qui devient héritier, propriétaire, créancier. Quant au tuteur, en faisant faire l'acte par le pupille, il n'en assume pas les conséquences, c'est le pupille qui devient débiteur : le tuteur sera responsable envers le pupille des actes faits mal à propos ; mais il ne s'oblige pas envers les tiers en faisant le pu-

1. Ulpien, *Reg.*, 11, 25 : *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt.*
2. *Inst.*, 1, 21, *De auct. tut.*, 2.
3. Cf. Paul, *D.*, 26, 8, *De auct.*, 3.
4. *D.*, *h. t.*, 17.
5. *D.*, *h. t.*, 8.
6. *D.*, *h. t.*, 1, *pr.*

pille s'obliger (*qui auctor est non se obligat*, disent nos anciens auteurs).

2. Ce procédé excellent n'est pas toujours praticable. Il n'est pas admis pour les pupilles *infantes*, ni anciennement pour les pupilles *infantiae proximi*. Il ne peut non plus être employé en l'absence des pupilles, hypothèse fort pratique à Rome, à cause des règles sur la garde de l'impubère (p. 213, n. 1). Alors on recourt à la *negotiorum gestio*, dans laquelle le tuteur agit seul comme ferait un mandataire chargé par un absent de la gestion de son patrimoine, comme ferait un gérant d'affaires ordinaire se chargeant spontanément des affaires en souffrance d'un ami absent.

Mais ce second procédé présente des inconvénients et, pour certains actes, des impossibilités qui le font souvent considérer comme le plus récent et qui font encore préférer le premier à l'époque classique.

En principe, au moins en règle générale et dans les temps historiques, le tuteur est un étranger, une *extranea persona*, qui ne représente pas le pupille, qui ne peut faire que des actes dont les conséquences se réaliseront dans sa personne à lui, qui ne peut faire que les actes qu'il a qualité pour faire en son propre nom. Par conséquent, ne pouvant agir qu'en son nom propre, il ne rendra pas le pupille propriétaire, créancier, débiteur ; c'est lui qui deviendra, sauf règlement de compte postérieur, personnellement propriétaire, créancier, — au préjudice du pupille qui, au lieu d'avoir acquis des droits de propriété, des créances contre des tiers, n'aura qu'une créance unique contre le tuteur, — personnellement débiteur, — à son préjudice à lui qui, au lieu d'être irresponsable d'actes régulièrement faits pour le pupille, va en être tenu envers les tiers sauf son recours contre le pupille. — Par conséquent aussi, il ne pourra procéder aux actes, de plus en plus nombreux à mesure qu'on remonte dans le passé, qui ne peuvent être faits que par le titulaire du droit : adition d'hérédité, aliénation par mancipation, par *in jure cessio*, exercice d'une Action de la loi.

Seulement il faut à ce principe admettre des limitations assez considérables soit pour l'époque ancienne, soit surtout pour l'époque impériale.

A l'époque ancienne, il est certain que le tuteur avait un moyen de faire la plupart des droits se placer sur la tête du pupille au lieu de rester sur la sienne : c'était de faire figurer à l'acte un esclave du pupille. Mais cela ne pouvait pas s'appliquer aux actes personnels, ni aux actes d'appauvrissement. Il est seulement possible que certains tuteurs tout au moins aient pu alors procéder eux-mêmes à certains de ces actes, à l'aliénation par mancipation ou par *in jure cessio* et à l'exercice d'une Action de la loi. On peut invoquer en ce sens tant le caractère de *potestas* de l'ancienne tutelle que les textes de l'époque classique qui paraissent permettre au tuteur d'aliéner les choses du pupille par man-

cipation [1]. Au contraire nous ne croyons pas que le tuteur ait pu alors par ses actes personnels ni faire acquérir une succession au pupille, ni le rendre propriétaire, ni le rendre débiteur. Il est maître de ses biens, si l'on veut ; il ne le représente pas.

On peut dire au contraire que le droit impérial est arrivé dans son dernier état à permettre véritablement au tuteur de représenter le pupille. Mais cela s'est réalisé progressivement sans unité de moyen, par des mesures disparates. Ainsi, l'acte le plus rigoureusement personnel, l'acceptation d'une succession, que le droit prétorien permit déjà au tuteur de faire pour le pupille avec les effets prétoriens, a fini, dans le droit byzantin, par pouvoir rendre le pupille héritier civil en étant faite par le tuteur [2]. — Ainsi, bien auparavant, en matière de propriété et de droits réels, tandis que le tuteur, qui pouvait peut-être aliéner les choses du pupille, ne pouvait le rendre propriétaire en acquérant lui-même, une doctrine admise dans le cours du IIe siècle, selon laquelle la possession peut s'acquérir ou se transmettre *per extraneam personam*, par un mandataire, par un tuteur, a ouvert au tuteur le droit d'aliéner ou d'acquérir pour le compte du pupille par la tradition qui n'est qu'une remise de la possession faite en vertu d'un juste titre, par exemple d'une vente, et qui transfère la propriété, tantôt *jure civili*, tantôt *jure praetorio* : le tuteur pourra, par tradition, aliéner les choses du pupille, et il pourra, en acquérant par tradition, rendre le pupille propriétaire [3]. — Enfin, sans parler d'autres contre-coups de cette doctrine, par exemple en matière de prêt, une réforme encore plus large qui paraît déjà accomplie vers le temps des Sévères, a pratiquement fait passer chez le pupille à la fin de la tutelle les conséquences de tous les actes faits par le tuteur, notamment des contrats qui ont été conclus par lui et qui l'ont rendu créancier et débiteur pour le compte du pupille : par un jeu de procédure, les actions existant au profit du tuteur et contre lui sont paralysées dans ses mains et dans les mains des tiers en même temps qu'elles sont transférées sur la tête de l'ex-pupille qui a désormais seul le droit de les intenter et le devoir d'y défendre [4]. — Le second procédé n'a plus désormais d'inconvénients : il est arrivé à produire les effets pratiques de l'*auctoritatis interpositio*, tout en étant plus simple, en n'exigeant ni la présence du pupille, ni sa sortie de l'*infantia*. Il devait donc nécessairement la supplanter et c'est ainsi

1. V. en ce sens Gérardin, *N. R. H.*, 13, 1889, p. 1 et ss. R. de Ihering, *Entwicklungsgeschichte d. römisch. Rechts*, 1894, p. 90 ; en sens contraire, Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1, p. 209, n. 17. Cf. p. 229, n. 3.

2. *C.*, 6, 30, *De jure delib.*, c. 18, 2 de 426 de Valentinien et Théodose.

3. *Inst.*, 2, 9, *Per quas personas*, 5.

4. *D.*, 26, 9. *C.*, 5, 39 : *Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt*. Cf. Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo* (*Bull. Ist. D. R.*, 23-25), 1913, et les observations de Debray, *N. R. H.*, 35, 1911, pp. 98-107.

qu'on est parvenu au système moderne où le tuteur représente le pupille, n'agit plus que par *negotiorum gestio*.

Nous terminons sur ces deux procédés par une observation Il n'y a pas d'acte qui ne puisse être accompli par leur combinaison sur le patrimoine du pupille. Mais cela ne veut pas dire que le tuteur ait le droit d'en user absolument à sa guise, qu'il puisse impunément dissiper ou piller le patrimoine du pupille. Il y a contre le *paterfamilias* qui dilapide son propre patrimoine une mesure de précaution : l'interdiction pour prodigalité que nous verrons bientôt. Il y en a aussi et encore plus contre le tuteur qui dilapide le patrimoine du pupille. L'interdiction du *paterfamilias* prodigue est déjà organisée par les XII Tables. Les XII Tables présentent également, dès l'époque où la tutelle est encore regardée comme une puissance établie au profit du tuteur, deux voies de droit auxquelles on peut rattacher tout le développement qui, depuis qu'on a considéré la tutelle comme établie dans l'intérêt du pupille, a eu pour but, d'une part, d'empêcher le tuteur de faire des actes nuisibles, et, d'autre part, de lui imposer la responsabilité de sa gestion : le *crimen suspecti*, qui permet d'empêcher le mauvais tuteur de nuire en le faisant destituer ; l'*actio rationibus distrahendis*, qui permet de lui demander une amende du double pour ses actes d'infidélité. Nous allons exposer le développement des deux idées en étudiant les pouvoirs du tuteur et sa responsabilité.

II. Pouvoirs du tuteur. — On peut déjà citer comme une restriction aux pouvoirs du tuteur et même comme la plus énergique de toutes, le *crimen suspecti*[1] qui permet de les anéantir quand le tuteur en mésuse. Il ne nous est guère connu que par des textes de la période classique ; mais, d'après des témoignages précis, il remonte aux XII Tables[2]. Il ressemble, pour les pouvoirs du tuteur sur les biens du pupille, à ce qu'est l'interdiction pour ceux du *sui juris* sur ses biens propres. Ici aussi le magistrat statue sans renvoyer l'affaire à un juré, sans même qu'il y ait au sens propre ni demandeur, ni défendeur[3]. La destitution, qu'à l'époque classique on tend à admettre même pour maladresse grossière[4], paraît plus anciennement n'avoir pu être prononcée que pour improbité. Le trait de cette procédure le plus intéressant à notre point

1. *Inst.*, 1, 26. *D.*, 26, 10, *De suspectis tutoribus et curatoribus*. Cf. Pernice, *Labeo*, 2, 2, pp. 181-186.

2. *D.*, *h. t.*, 1, 2 : *Sciendum est suspecti crimen e lege XII tabularum descendere*.

3. Le *crimen* ne peut pas seulement, à l'époque impériale, être intenté par des femmes ; le magistrat peut procéder d'office, par exemple sur la dénonciation d'un esclave. *D.*, *h. t.*, 1, 6. 7 ; 12.

4. MM. Taubenschlag, *Vormundschaftrechtl. Studien*, pp. 27-46, et Solazzi, *Minore età*, 1912, pp. 259-272, ont même soutenu tous deux, quoique en termes assez divergents, qu'il faudrait distinguer en droit classique l'ancienne *postulatio suspecti* et la simple *remotio tutoris*.

de vue est qu'elle tendait avant tout à mettre le tuteur hors d'état d'agir [1].

Jusque-là le tuteur pouvait en principe, par un procédé ou par l'autre, accomplir sur le patrimoine du pupille tous les actes qu'un propriétaire capable pourrait faire sur le sien. Mais à ce principe des dérogations progressives ont été apportées, depuis les XII Tables, par l'ancien droit civil, par l'édit du préteur et par le droit impérial.

1. Le droit civil a admis que certains actes faits par le tuteur seul ou par le pupille assisté du tuteur seraient nuls, pourraient être méconnus par le pupille au regard des tiers, au lieu de devoir être respectés par lui sauf recours contre le tuteur. Ces actes qui excèdent donc désormais les pouvoirs du tuteur sont : *a*) les actes dans lesquels les intérêts du pupille et ceux du tuteur sont en antagonisme [2] ; *b*) les donations [3], et enfin *c*) les autres actes eux-mêmes quand le tuteur y procède de mauvaise foi [4].

2. L'édit du préteur a apporté une autre restriction considérable aux pouvoirs du tuteur, au principe que les actes faits par lui ou avec son concours sont aussi valables que ceux d'une personne capable, en accordant au pupille contre ces actes la *restitutio in integrum ob aetatem* à l'aide de laquelle le mineur de 25 ans peut faire tomber un acte par lequel il a été lésé (p. 234 et s.), en subordonnant donc leur validité à l'absence de lésion.

3. Enfin le droit impérial a directement défendu certains autres actes

1. C'est pour cela qu'elle paraît anciennement n'avoir pu servir qu'à faire écarter le tuteur qui a déjà agi et non le tuteur simplement appelé qui n'agira peut-être pas ; que le *crimen* déjà intenté s'arrête dès lors que la tutelle est éteinte pour un motif quelconque. V. *Inst.*, *h. t.*, 5. 8, par exemple.

2. Le tuteur ne peut, avons-nous vu, être *auctor in rem suam* (Gaius, 1, 184). Mais la règle est également vraie en matière de *negotiorum gestio*. L'application la plus saillante est le procès entre le tuteur et le pupille, pour lequel on nomme anciennement au pupille un *tutor praetorius* qui lui donnera son *auctoritas* (p. 210, n. 4) et on a fini par se contenter de lui donner un curateur qui, depuis que la représentation judiciaire est admise, peut plaider pour lui par voie de *negotiorum gestio*. V. *Inst.*, 1, 21, *De auct. tut.*, 3, et sur la transition qui a conduit du 1er système au 2e, les textes de Gaius et d'Ulpien cités p. 210, n. 4 (concours du tuteur exigé pour les procès intentés par *legis actio* et pour ceux qui constituaient sous la procédure formulaire des *judicia legitima*, mais non pour les *judicia imperio continentia*. Cf. H. Peters, *Z. S. St.*, 32, 1911, p. 221 et ss.).

3. V. par ex. Paul, *D.*, 40, 2, *De manum. vind.*, 24. Le pupille qui pourrait, pour une juste cause, affranchir son esclave, *tutore auctore*, parce que l'affranchissement n'est pas une donation, ne pourrait pas, même *tutore auctore*, laisser le pécule à l'affranchi, car ce serait une donation.

4. Julien, *D.*, 41, 4, *Pro emptore*, 7, 3 : *Tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat*. Paul, *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 12, 1. Tout ce qu'on pourrait se demander, c'est si le principe s'applique aussi bien aux actes faits par le pupille *auctore tutore* qu'à ceux faits par le tuteur lui-même.

qui seront nuls, s'ils ont été faits à l'encontre de ses prohibitions par un procédé ou par l'autre.

La première mesure a été prise par un sénatus-consulte rendu sur la proposition de Septime Sévère en l'an 195 (*oratio Severi*) et plus tard complété par une constitution de Constantin. Le sénatus-consulte [1] défendait l'aliénation totale ou partielle de certains biens appartenant aux personnes en tutelle, de leurs *praedia rustica vel suburbana*, sauf dans trois cas exceptionnels, celui d'aliénation autorisée dans le testament de la personne qui a laissé les biens, celui d'aliénation forcée (action en partage intentée par un copropriétaire, exercice par un créancier hypothécaire de son droit de vente), et celui d'aliénation reconnue par le préteur urbain indispensable au paiement de dettes antérieures à la tutelle. Quand l'aliénation avait été faite dans l'un de ces cas, elle était valable *jure civili*, mais toujours rescindable *jure praetorio* pour cause de lésion [2]. Quand elle avait été faite à l'encontre du sénatus-consulte, elle était frappée d'une nullité civile, qui, à la différence de la rescision de l'édit, ne dépendait pas de la faveur du magistrat, n'était pas subordonnée à la preuve de la lésion et pouvait être invoquée à toute époque (avant Justinien ; depuis lui, dans un délai de cinq ans à partir de la majorité de 25 ans) [3]. C'est l'apparition, dans l'histoire de la protection du pupille, d'une pensée nouvelle, celle de la conservation en nature des biens productifs du revenu le plus assuré, le moins exposé aux risques de dépréciation et de perte. Mais précisément pour cela la prohibition ne s'appliquait qu'aux immeubles ruraux. Elle ne s'appliquait pas aux biens urbains, ni aux meubles. Sous le coup de circonstances économiques encore plus mauvaises, qui faisaient juger la conservation de capitaux improductifs préférable à des placements difficiles et hasardeux, Constantin l'a étendue aux *praedia urbana* et aux meubles précieux [4].

Une autre mesure prise par Justinien procède du même esprit que la constitution de Constantin. Il a restreint aux revenus le droit du tuteur ou du pupille autorisé de toucher les créances pupillaires Pour le capital, le débiteur ne pourra le payer valablement qu'en vertu d'une autorisation du magistrat qui alors le soustraira même au risque de la *restitutio in integrum* [5].

Les actes qui ne rentrent dans aucune de ces prohibitions, par exemple la transaction, restent, même sous Justinien, compris dans les pou-

1. *D.*, 27, 9, *De rebus eorum*. V. le texte de l'*oratio*, *D.*, *h. t.*, 1, 2.
2. Dioclétien et Maximien, *C.*, 5, 71, *De praediis vel aliis reb.*, 11.
3. *C.*, 5, 74, *Si major factus*, 3, 1.
4. *C.*, 5, 37, *de adm. tut.*, 22. Le tuteur ne garde plus le droit de vendre que les animaux superflus, les vieux vêtements (const. 22, 6. 7) et aussi naturellement les fruits.
5. *C.*, 5, 37, *de adm. tut.*, 25 ; 27.

voirs du tuteur, qui peut valablement y procéder lui-même ou avec le pupille, sauf la possibilité de la *restitutio in integrum*, sauf aussi sa responsabilité envers le pupille.

III. Responsabilité du tuteur. — La théorie de la responsabilité du tuteur envers le pupille à raison de sa gestion a encore son point de départ dans la loi des XII Tables, dans l'action *rationibus distrahendis* [1]. Mais elle n'y a que son point de départ. L'action des XII tables ne contient que le germe de cette responsabilité mieux assurée dès avant la fin de la République par la création de l'action *tutelae*, qui fut elle-même rendue plus efficace par les réformes de l'époque impériale.

1. L'action *rationibus distrahendis* est désignée par son nom comme se rattachant au règlement de compte qui a lieu entre le tuteur et le pupille, mais c'est par un simple euphémisme ; car c'est une véritable action délictuelle qui n'existe qu'à raison d'actes de véritable soustraction, qui précisément pour cela est au double et ne passe pas contre les héritiers [2]. La peine du double était une répression suffisante du détournement. Mais l'action avait l'inconvénient de ne pas passer contre les héritiers, elle avait surtout celui de ne s'appliquer qu'aux détournements, de ne pas sanctionner les droits que le pupille pouvait avoir à raison d'autres enrichissements du tuteur, d'autres actes d'improbité de lui, des dommages causés par sa maladresse, pas plus du reste que le tuteur ne pouvait demander la restitution des avances faites par lui au pupille dont il se serait trouvé à découvert à la fin de la tutelle.

2. Tout cela fut changé par la création de l'*actio tute ae* [3], qui n'a, croyons-nous, été établie qu'après l'introduction de la procédure formulaire, mais qui figure déjà dans l'énumération des actions de bonne foi de Q. Mucius Scaevola, consul en 659, rapportée par Cicéron [4]. Cette action sert, comme *actio contraria* [5], au tuteur pour demander l'indem-

1. Elle date des XII Tables, d'après *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 55, 1, notamment.

2. V. *D.*, 27, 3, *De tut. et rat. distr.*, 1, 20, pour son montant, 1, 23, pour son intransmissibilité, et 2, pour sa restriction au cas de soustraction, qui la conduit à l'époque classique à faire à peu près entièrement double emploi avec l'action *furti* ; à l'époque où elle a été créée, on ne considérait sans doute pas le détournement du tuteur comme un *furtum*, probablement en partant de l idée de *potestas*.

3. *Inst.*, 3, 27, 2.

4. *De off.*, 3, 17, 70. Son inexistence à l'époque des Actions de la loi résulte, à notre sens, précisément de son caractère d'action de bonne foi (Girard, *Mélanges*, 1, pp. 73-74).

5. *C.*, 5, 58, *De contrario judicio*. *D.*, 27, 4, *De contraria tutelae et utili actione*. La doctrine qui fait remonter l'action *tutelae contraria* aux premiers temps de la période formulaire est pour ainsi dire unanime. Cependant, il faut aujourd'hui signaler une opinion toute différente, récemment soutenue par des arguments sérieux. Suivant cette doctrine, le droit romain n'aurait pas connu avant Justinien l'action *tutelae contraria* indépendante, le *judicium contrarium* dont parlent les textes purs serait simplement une formule soumettant au juge de l'action intentée par le pupille les contre-prétentions du tuteur par une *intentio* relative à ce qu'*alterum alteri dare facere oportet* et donnant à ce juge le pouvoir de

nité des dépenses faites par lui pour le pupille, des engagements pris par lui pour le compte du pupille avant les réformes du droit moderne relatives au transfert des actions (p. 217). — Elle sert surtout au pupille, comme *actio directa*, infamante [1], à demander au tuteur ou à ses héritiers compte de la gestion de la tutelle, à lui demander non seulement le transfert des valeurs acquises par lui pour le compte du pupille, mais la réparation du préjudice causé au pupille par ses opérations désavantageuses [2].

3. L'*actio tutelae contraria* survécut ensuite telle quelle. Mais l'*actio tutelae directa* avait encore à recevoir du droit impérial de nombreux perfectionnements. 1° C'était une simple action personnelle qui ne valait que ce que valait le crédit du tuteur, qui, surtout avec l'ancien régime de *negotiorum gestio*, exposait beaucoup le pupille à souffrir de son insolvabilité. 2° C'était au pupille à prouver le montant des restitutions que lui devait le tuteur, à établir ce que le tuteur avait reçu pour lui, par exemple au début de la tutelle. 3° Enfin le tuteur, qui était responsable de sa mauvaise gestion, ne l'était pas du défaut de gestion ; comme le gérant d'affaires, il n'était tenu que quand il avait commencé à gérer [3].

a) Pour la responsabilité de l'inaction, le changement se rattache, d'après Justinien, au transfert de la nomination des tuteurs désignés par le magistrat opéré par Claude du préteur et des tribuns aux consuls [4], et le premier pas dans cette voie a été fait en effet par les consuls : quand les proches leur signalaient un tuteur qui restait inactif, ils décidaient *extra ordinem* que ce serait désormais à ses risques et périls qu'il n'administrerait pas (*periculo suo cessare*) [5], et, en partant de là, soit dès lors, soit depuis, le préteur a admis contre le tuteur resté inactif après cette décision, non pas l'action *tutelae* ordinaire, mais une action modelée sur elle par extension (*a. tutelae utilis*) [6]. — Un second pas

condamner le demandeur à la façon des formules que nous retrouverons pour les actions divisoires et en matière de *calumnia*, et le tuteur n'a pu, en droit classique, former une demande indépendante que par une action *negotiorum gestorum utilis*. V. J. Partsch, *Studien zur negotiorum gestio*, 1, 1913, pp. 47-61.

1. Loi Julia de 709, l. 111. Gaius, 4, 182.

2. Nous reviendrons sur l'étendue de sa responsabilité, au livre III, dans la théorie des fautes. Il est, à notre avis, responsable, en droit classique, de la faute que ne commettrait pas un bon administrateur (*culpa levis in abstracto*) et dans le droit de Justinien seulement, de celle qu'il ne commet pas dans l'administration de ses propres affaires (*culpa levis in concreto* ; *diligentia quam suis*).

3. Ulpien, *D.*, 46, 6, *Rem pupilli*, 4, 3 : *Sed enim qui non gessit omnino non tenebitur*.

4. P. 211, n. 2. Le système des lois Atilia et Julia et Titia fut, dit-il, abandonné parce que ces lois ne s'occupaient ni de forcer les tuteurs à donner caution (p. 224, n. 2), ni de les obliger à gérer (*Inst.*, 1, 20, *De At. tut.*, 3).

5. *F. V.*, 155.

6. Ulpien, *D.*, 46, 6, *Rem. pup.*, 4, 3 :... *Sed utili actione conveniendus est, quia periculo suo cessavit*.

fut fait avec un nouveau changement du magistrat chargé de la nomination, par Marc-Aurèle. Non seulement il créa la préture tutélaire, mais il revisa le système des excuses probablement en même temps, et, probablement en même temps aussi, il décida que tout tuteur nommé à Rome qui, après avoir eu connaissance de sa nomination, ne s'excuserait pas dans un certain délai, devrait prendre l'administration, à peine d'être dans la même situation que celui que les consuls avaient décidé *periculo suo cessare* [1]. Désormais l'obligation de gérer, qui n'existait pas jusqu'à Claude, qui depuis Claude existait seulement en vertu d'une décision expresse, naît par la simple expiration d'un délai.

b) Quant à la détermination des valeurs que le tuteur a reçues et dont il est comptable, le droit romain a permis, sous l'Empire [2], à l'ex-pupille de les évaluer lui-même sous la foi du serment, à moins que le tuteur n'ait eu la précaution de faire, à l'ouverture de la tutelle et pour toutes les successions échues depuis au pupille, un inventaire des biens, qui est même à l'époque byzantine dressé avec le concours d'un officier public, du *tabularius* [3]. C'est l'obligation de faire inventaire, imposée par cette contrainte indirecte à tous les tuteurs, sauf au tuteur testamentaire que le testateur en aurait expressément dispensé [4], et que Justinien a renforcée en obligeant le tuteur [5] à prêter à son entrée en charge le serment de bien gérer et à déclarer au même moment les créances et les dettes existant entre lui et le pupille [6].

c) Enfin, contre l'insolvabilité du tuteur, le pupille a pour garanties réelles : à l'époque classique, un *privilegium inter personales actiones*, qui lui permet de se faire payer avant les créanciers chirographaires, mais seulement sur les biens existants et non hypothéqués du tuteur ; probablement depuis Constantin, une hypothèque tacite sur les biens du

1. *F. V.*, 155 *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 1, *pr.* : *Gerere atque administrare tutelam extra ordinem tutor cogi solet. 1. Ex quo scit se tutorem datum si cesset tutor, suo periculo cessat : id enim a divo Marco constitutum est, ut qui scit se tutorem datum nec excusationem quam habet allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.*

2. M Gradenwitz a supposé, *Hermes*, 1893, p. 323, que ce serait là chronologiquement le cas le plus ancien de *jusjurandum in litem*, en basant principalement sa conjecture sur l'existence au Code, 5,53, d'un titre spécial *De in litem jurando* en matière de tutelle, mais, d'autre part, ce titre lui-même ne contient pas de constitutions antérieures aux Sévères.

3. Ulpien, *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 7, *pr.*, et pour le droit du Bas-Empire, Honorius et Arcadius, *C.*, 5, 37, *De adm. tut.*, 24.

4. *C.*, 5, 51, *Arbitrium tut.*, 13, 2.

5. Nov. 72, c. 2.

6. Pour les créances, parce que, sans cela, il pourrait supprimer les quittances données par lui à l'auteur du pupille, afin de se faire payer une seconde fois ; pour les dettes, parce que sans cela il pourrait faire disparaître le titre, afin de se dispenser de payer. S'il déclare, il est incapable d'être tuteur : s'il ne déclare pas, il perd sa créance, au cas de créance, et il est puni de peines criminelles, au cas de dette.

tuteur prenant rang du jour du commencement de la tutelle[1]. — Mais il a en outre obtenu contre certains tuteurs deux sûretés personnelles beaucoup plus originales qui sont plus anciennes que l'hypothèque et plus efficaces que le privilège : la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, dont Justinien rattache encore l'introduction au changement de mode de nomination des tuteurs et qui date probablement de Claude[2], et l'*actio subsidiaria*, qui remonte à un sénatus-consulte du temps de Trajan[3]. La *satisdatio rem pupilli salvam fore* est une promesse faite au commencement de la tutelle par le tuteur et des cautions[4] qui permet à sa fin de réclamer non seulement au tuteur, mais aux cautions le montant même de l'*actio tutelae*[5]. Elle n'est en principe due que par les tuteurs légitimes et les tuteurs nommés sans enquête : les tuteurs testamentaires, réputés bien choisis, ne la fournissent pas, à moins qu'ils ne soient plusieurs et que l'un d'eux ne l'offre en demandant à prendre la gestion exclusive de la tutelle, ce qui force les autres à accepter ou à la donner eux-mêmes[6], et on ne l'exige pas d'ordinaire des tuteurs nommés après enquête par les magistrats supérieurs[7] ; en sorte qu'elle ne sauvegarde le pupille que s'il a un tuteur légitime ou nommé sans enquête et aussi à condition que les cautions soient solvables. Mais en réalité, le pupille se trouve protégé dans toutes les tutelles légitimes ou conférées par le magistrat, grâce à la seconde garantie personnelle, à l'*actio subsidiaria*, dont les magistrats inférieurs, chargés de présenter les tuteurs aux magistrats supérieurs et de recevoir les cautions, sont précisément

1. V. pour le privilège, Papinien, *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 42, et pour l'hypothèque, Constantin, *C.*, 5, 37, *De adm. tut.*, 20.

2. *Inst.*, 1, 24, *De satisdatione tut.* ; *D.*, 46, 6, *Rem pupilli salvam fore*. Les premières traces absolument sûres en sont du temps de Trajan (Neratius, *D.*, *h. t.*, 11. *C.*, 5. 75, *De mag. conv.*, 5). D'un autre côté, elle ne peut être antérieure au transfert de la nomination des tuteurs aux consuls, d'après *Inst.*, 1, 20, *De At. tut.*, 3 Il est assez naturel de croire que Claude a transféré le pouvoir de les nommer aux consuls, pour la même raison qui fit les charger des fidéicommis, parce qu'ils étaient particulièrement à même d'y contraindre par les moyens de police dont ils disposaient et dont ils usaient plus volontiers que les magistrats judiciaires Cette idée est favorisée par l'observation qu'ils y contraignent *pignoribus captis* (*Inst.*, 1, 24, *De satisdat. tut.*, 3).

3. *C.*, 5, 75, *De mag. conv.*, 5. En revanche, la dénomination de *subsidaria* paraît lui avoir été donnée seulement par les compilateurs. V. B. Brugi, *Mélanges Girard*, 1, pp. 143-153 (cf. les observations d'Albertario, *Dell' actio subsidiaria*, Pavie, 1912, p. 3, n. 1, et la réponse de Berger, *K. V. J.*, 16, 1914, pp. 84-85).

4. Au pupille, s'il est sorti de l'*infantia*, sinon à un de ses esclaves (Gaius, *D.*, *h. t.*, 6) ; s'il est *infans* et n'a pas d'esclave, on recourt aux mêmes expédients qu'en matière d'adrogation des impubères (p. 181, n. 6).

5. Pomponius. *D.*, *h. t.*, 9.

6. *Inst.*, *h. t.*, 1.

7. Gaius, 1, 199. 200. *Inst.*, *h. t.*, 4.

tenus quand il est établi [1] qu'ils ont présenté des tuteurs insolvables ou accepté des cautions insolvables [2].

IV. Tutelle des femmes. — La tutelle des femmes n'a probablement pas dû beaucoup différer de la tutelle des impubères à l'époque ancienne où toutes deux étaient uniquement des puissances unilatérales organisées dans l'intérêt des tuteurs. Mais a r sponsabilité du tuteur, ses pouvoirs et même ses procédés d'administration n'ont pas suivi dans les deux le même développement, justement parce que la tutelle des femmes n'a pu se plier à 'évolution qui a transformé la tutelle de *potestas* en *munus*, parce que ce changement de point de vue lui a fait perdre sa raison d'être [3].

La tutelle des femmes n'a pas disparu dès le jour où l'idée nouvelle a pénétré dans le droit. Elle a encore longtemps continué à exister et même elle a, comme il arrive assez souvent, conservé certains caractères archaïques éliminés de l'institution vivante de la tutelle des impubères ; ainsi le droit des tuteurs légitimes de disposer de leurs pouvoirs par voie d'*in jure cessio* [4]. Mais, à l'époque où nous pouvons l'étudier dans les textes de la fin de la République et des remiers siècles de l'Empire, elle n'est sans doute plus qu'une ruine de ce qu'elle avait été.

Tandis que le tuteur ancien devait, à raison de sa *potestas*, être à la tête du patrimoine de la femme et probablement pouvoir en disposer, c'est, à cette époque, la femme en tutelle qui est à la tête de sa fortune : elle a seulement besoin de l'*auctoritas tutoris* pour quelques actes qui ne sont même pas tous ceux qui rendent la condition pire, parmi lesquels ne figurent par exemple ni l'aliénation des *res nec mancipi*, ni les

1. Elle n'était délivrée contre les magistrats que *causa cognita*, nous ont appris les fragments de Strasbourg du livre 3 des *disputationes* d'Ulpien, n° 11 (*Textes*, p. 492), qui suppriment les controverses antérieures sur l'expression de la subsidiarité dans la formule.

2. Les diverses règles que nous venons d'exposer sur l'administration des tuteurs supposent l'individu qui a agi comme tuteur véritablement investi de cette qualité. Il paraît cependant avoir été assez fréquent à Rome que la tutelle fut gérée en fait par un individu qui n'était pas en droit le tuteur (*protutor*, *falsus tutor*). L'édit du préteur est intervenu pour protéger alors : 1° les intérêts du pupille en établissant entre lui et le *protutor* des actions fictices calquées sur celles de la tutelle (*D.*, 27, 5, *De eo qui pro tutore* ; cf. Lenel, *Ed.*, § 126) ; 2° les intérêts des tiers qui se trouvaient avoir fait des actes nuls avec le pupille assisté du *falsus tutor*, en leur donnant divers moyens de recours : une *restitutio in integrum* et une action pénale à la vérité subordonnées en partie à la mauvaise foi du *falsus tutor* et restreintes au cas où l'acte était un procès fait au pupille assisté du *falsus tutor* (*D.*, 27, 6, *Quod falso tut.* ; Lenel, *Ed.*, § 43 ; *Textes*, p. 144) et une autre action pour les autres actes (*D.*, 27, 6, *Quod falso*, 11 ; Lenel, *Ed.*, § 122 ; *Textes*, p. 154).

3. On peut cependant relever une tentative d'adaptation de la tutelle des femmes à l'idée nouvelle. C'est l'application qui lui fut faite des lois Atilia et Julia et Titia.

4. Gaius, 1, 168-170.

prêts, ni le versement ou la réception des paiements, qui sont à peu près exclusivement la *conventio in manum*, l'aliénation des *res mancipi*, certains procès, la formation d'obligations, l'*acceptilatio*, l'adition d'hérédité, l'affranchissement et la constitution de dot[1]. Le tuteur n'a pas là d'autre mode d'action, ni d'autre pouvoir, et par suite aussi il n'a pas de responsabilité propre[2] ; le mouvement qui a créé l'*action tutelae* et qui l'a toujours rendue plus efficace lui est resté totalement étranger. Tout son rôle est d'habiliter la femme par son *auctoritas* à faire certains actes qu'elle demeure incapable de faire seule[3].

Mais le caractère irrationnel de cette tutelle, maintenue par survivance beaucoup plus qu'en vertu des prétextes invoqués par les jurisconsultes d'alors[4], se révèle à la fois aux distinctions et aux exceptions illogiques dont la nécessité de l'*auctoritas* fait l'objet.

On distingue, quant à l'*auctoritas*, les tuteurs légitimes et les autres tuteurs[5]. Et tandis que les premiers ne pouvaient être contraints à donner leur *auctoritas* malgré eux que pour des motifs graves, — ce qui n'existe pas d'ailleurs pour la tutelle des impubères, — les autres tuteurs n'ont pas le droit de la refuser à la femme, qui, si elle est mécontente d'eux, peut en outre profiter de leur moindre absence pour les faire remplacer[6] ; en sorte que, depuis l'abolition de la tutelle légitime des agnats par la loi Claudia[7], il n'y eut plus en tutelle sérieuse correspon-

1. Ulpien, 11, 27 : *Si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent.* V. encore pour l'adition d'hérédité, Ulpien, 11, 22, pour la confection du testament, Gaius, 1, 192, pour l'affranchissement, Ulpien, 1, 17, et pour le mariage et la *conventio in manum*, plus haut p. 159, n. 1. La restriction de la défense d'aliéner aux choses *mancipi*, en vertu de laquelle aussi les *res mancipi* de la femme sont seules soustraites à l'usucapion (XII Tables, 5, 2), ne paraît pas encore connue de Cicéron qui dit sans distinction, *Ad Att.*, 1, 5, 6 : *Id mirabamur te ignorare de tutela legitima, in qua dicitur esse puella, nihil usu capi posse.* Exemples d'aliénation de choses *mancipi* faite par mancipation *tutore auctore*, *Textes*, pp. 821 (mancipation fiduciaire de Pompéi) et 826 (donation de Julia Monime) ; d'acceptilation faite de même, *Textes*, pp. 867-868.

2. Gaius, 1, 190. 191. Ulpien, 11, 25. Cf. Mitteis, *Z. S. St.*, 25, 1904, p. 376, n. 2.

3. Peut-être même est-on arrivé, par une conséquence logique, à admettre, au moins dans certaines régions, que la nomination du tuteur datif devait être provoquée seulement quand la femme avait à procéder à l'un des actes qui requièrent son concours et seulement pour la durée de cet acte. Cette idée émise pour l'Egypte par M. Gradenwitz, *Einführung in die Papyruskunde*, 1900, p. 153, est aujourd'hui très fortement appuyée pour elle par *P. Lond.*, II, 470, de l'an 168 (*Textes*, pp. 867-868) relatif à la fin d'une pareille tutelle après l'accomplissement de l'acte et par *P. Oxy.*, IV, 720 (*Textes*, p. 910) qui contient la demande faite en 247 par une femme au préfet d'Egypte d'un pareil *auctor* en vertu des lois Julia et Titia et la réponse conforme du préfet. Cf. sur les deux titres, Mitteis, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 374-376, 29, 1908, pp. 402-403.

4. Gaius, 1, 144. 1, 190.

5. Gaius, 1, 192.

6. Gaius, 1, 173. Ulpien, 11, 22.

7. Gaius, 1, 157. Ulpien, 11, 8.

dant à une incapacité sérieuse que les affranchies, y compris d'ailleurs les femmes émancipées.

D'autre part, l'incapacité de la femme à laquelle remédie la tutelle est si bien considérée comme une institution arbitraire, ne correspondant à aucune nécessité naturelle, qu'elle disparaît, depuis le début de l'Empire, par l'acquisition du *jus liberorum*, par conséquent, sans parler des concessions gracieuses, pour toutes les femmes qui ont eu trois enfants si elles sont ingénues, quatre si elles sont affranchies [1]. Elle a nécessairement entièrement disparu, il n'y a plus eu de femmes en tutelle, depuis le jour où Théodose et Honorius ont concédé le *jus liberorum* à toutes les femmes de l'Empire [2]. Mais il est douteux que la tutelle des femmes ait survécu jusque-là [3]. On n'a plus de preuve de son existence après le milieu du IVe siècle environ [4].

SECTION II. — Curatelle [5].

A la différence de la tutelle, organisée pour parer à des incapacités normales, régulières, qui sont toujours les mêmes, la curatelle est destinée à remédier à des incapacités accidentelles, susceptibles de varier à l'infini. Aussi, tandis qu'il n'y a jamais eu que deux tutelles : celles des femmes et des impubères, il est presque impossible de faire une énumération absolument complète des curatelles. Nous indiquerons seulement les principales, en insistant surtout sur les curatelles des aliénés, des prodigues et des mineurs de 25 ans qui sont les plus importantes.

§ 1. — Curatelle du fou [6].

La curatelle du fou est le corollaire de l'incapacité naturelle produite par la folie. La nature même frappe le fou d'une incapacité qui, par

1. Gaius, 1, 145. 1, 194. Exemples dans la donation d'Irène, *Textes*, p. 827 et dans le papyrus du milieu du IVe siècle cité n. 4. V. Kuebler, *Z. S. St.*, 30, 1909, p. 154-173. 31, 1910, p. 176-195. L'incapacité ne s'appliquait pas non plus aux vestales d'après les XII Tables, dit Gaius, 1, 145.

2. *C.*, 8, 58 (59), *De jure liberorum*, 1, de l'an 410.

3. Elle paraît bien ne plus exister en 390, où une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius, *C.*, 5, 35, *Quando mulier*, 2, admet la mère à la tutelle de ses enfants.

4. La dernière trace certaine en a été longtemps la constitution de Dioclétien de 293 ou 294, *F. V.*, 325 ; mais l'existence en est aujourd'hui attestée postérieurement par le procès de l'an 350 au plus tôt, publié et commenté par MM. Collinet et Jouguet, *Arch. f. Pap.*, 1, pp. 293-312 (Mitteis, *Chrestomathie*, n° 96).

5. *Inst.*, 1, 23, *De curatoribus*. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 301-310. Bruns, *Kleinere Schriften*, 2. 1882, pp. 464-473.

6. *D.*, 27, 10, *De curatoribus furioso et aliis extra minorem dandis*. Cf. Audibert, *La folie et la prodigalité en droit romain*, 1892, et les comptes rendus détaillés d'Appleton, *R. gén.*, 1893, pp. 136 et ss., 232 et ss. et de H. Krueger, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 260-274 ; Ubbelohde, *Zeitschr.* de Grünhut, 4, 1877, pp. 521-587 ; A. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 234-240.

la force des choses, s'étend à tous les actes, mais qui d'ailleurs, venant directement et exclusivement de la nature, se règle exclusivement sur la folie, commence avec elle sans décision judiciaire, finit avec elle sans plus de décision judiciaire et, si la folie est intermittente, s'interrompt avec elle à chaque intervalle lucide. C'est afin de remédier à cette incapacité de fait qu'intervient la curatelle qui était déjà établie par les XII Tables pour les *furiosi* [1], qui plus tard a été étendue à tous les aliénés [2], mais qui a toujours si bien gardé son caractère de corollaire de l'incapacité purement naturelle résultant de la folie, qu'elle est atteinte par chaque retour même temporaire de la raison, que la survenance d'un intervalle lucide éteignait les pouvoirs du curateur avant Justinien et suspend tout au moins ses fonctions depuis Justinien [3].

Il n'y a rien de spécial à remarquer sur les causes d'extinction de la curatelle du fou qui peuvent, d'une manière analogue à celle de la tutelle, se produire soit chez le curateur, soit chez la personne en curatelle. — Quant à la manière dont cette curatelle peut être déférée, elle était, à l'époque la plus ancienne, regardée, de même que la tutelle, comme une puissance domestique établie dans l'intérêt du curateur, et en conséquence elle n'était alors déférée qu'aux parents civils appelés à la succession : aux agnats les plus proches et à leur défaut aux gentils. Il n'y avait alors que des curateurs légitimes. Mais, plus tard, à côté de la curatelle légitime, on a admis pour les aliénés une curatelle déférée par le magistrat et même une curatelle testamentaire en ce sens que, si le *paterfamilias* a nommé à la personne en puissance un curateur dans son testament, le magistrat le confirmera. La curatelle du fou peut donc alors être déférée, comme la tutelle, par testament, par la loi ou par le

1. XII Tables, 5, 7 a : *Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*. Quelle est la différence entre le *furiosus* et les autres aliénés (*amentes, dementes, mente capti*) ? Suivant une doctrine répandue chez nous (v. par ex. Accarias, *Précis*, 1, n° 167), les *furiosi* seraient les aliénés ayant des intervalles lucides, par opposition aux *mente capti* atteints d'une folie continue. Suivant une autre doctrine (Audibert, pp. 11-61), ce seraient les fous atteints de folie ordinaire, à l'exclusion seulement des individus atteints de monomanie. Cf. H. Krueger, pp. 262-264.

2. *Inst.*, *h. t.*, 4.

3. *C.*, 5, 70, *De curat. fur.*, 6. Même sous Justinien, ni l'incapacité ni la curatelle du fou ne présentent le caractère de continuité absolue que présentent chez nous l'incapacité et la tutelle de l'aliéné interdit, à Rome l'incapacité et la curatelle du prodigue interdit. Notre loi moderne a précisément appliqué à l'aliéné, dans l'institution de l'interdiction judiciaire, le système de l'incapacité artificielle, ayant son point de départ dans le jugement d'interdiction et son terme dans le jugement de mainlevée, qui fonctionnait à Rome pour le prodigue. L'ancienne incapacité naturelle, modelée sur la nature, commençant avec la folie et finissant avec elle, définitivement au cas de guérison, temporairement au cas d'intervalle lucide, ne subsiste, avec sa supériorité logique et aussi avec les complications corrélatives qu'elle présente au point de vue de la preuve, que pour les aliénés qui n'ont pas été interdits.

magistrat et on peut ajouter qu'on lui a en outre appliqué en règle générale le même système qu'à la tutelle en matière d'excuses et d'incapacités. Seulement le contrôle du magistrat paraît ici avoir progressivement effacé la curatelle légitime qui n'existe probablement plus sous Justinien [1].

En ce qui concerne la personne de l'aliéné, le curateur du fou avait, d'après les XII Tables, la garde de sa personne qui lui fut probablement enlevée plus tard. Pour les biens, il se distingue très nettement du tuteur en ce qu'il n'a qu'un procédé de gestion au lieu de deux : à la différence du tuteur qui peut faire agir le pupille avec son *auctoritas*, le curateur n'a pas à compléter la personnalité de l'aliéné, qui est totalement absente durant la folie et qui redevient complète à chaque intervalle lucide. Il ne peut procéder que par voie de *negotiorum gestio*, avec les inconvénients signalés en matière de tutelle [2], mais encore ici avec les atténuations résultant du droit nouveau, avec celles qui pouvaient dans le droit ancien résulter de l'idée de *potestas* et qui semblent avoir permis notamment à l'agnat curateur légitime d'aliéner par les modes civils les biens du fou [3]. Ses pouvoirs ont été, comme ceux du tuteur, restreints successivement, depuis les XII Tables et le *crimen suspecti*, par l'ancien droit civil, par le sénatus-consulte de 195 complété par Constantin et par la décision de Justinien sur le paiement des dettes. Sa responsabilité est aussi organisée de la même façon, sauf ces deux différences qu'il n'y a pas ici d'action distincte symétrique à l'action *tutelae*, mais seulement une *actio negotiorum gestorum* utile, et que cette action peut être intentée même avant la fin de la curatelle [4].

1. *Inst.*, *h. t.*, 1. 3. V. sur la suppression progressive de la curatelle légitime, Audibert, *N. R. H.*, 1891, p. 310 et ss. C'est même la cause de l'interpolation du texte d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.*, qui ne prouve pas l'existence de deux curatelles distinctes des prodigues (p. 231, n. 1 et 2), mais qui énonce seulement en termes médiocres le système nouveau de nomination des curateurs.

2. Ainsi par exemple, s'il échoit une succession au fou, il faudra attendre le retour à la raison pour qu'il puisse l'accepter et on a même beaucoup plus malaisément admis pour lui que pour le pupille que quelqu'un pût l'accepter à sa place. V. Justinien, *C.*, 5, 70, *De cur. fur.*, 7, 3.

3. Gaius, 2, 64 : *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege duodecim tabularum.* R. de Ihering, *Développement du droit romain*, 1900, p. 80 et ss., et M. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1, p. 81, admettent en donnant un sens technique au mot *pecunia* des XII tables (p. 228, n. 1) que, contrairement au langage général de Gaius, la loi ne visant que les choses *nec mancipi*, aurait refusé le droit d'aliéner les choses *mancipi* à l'agnat curateur légitime, comme au tuteur, d'après M. Mitteis, à la différence du tuteur, d'après R. de Ihering. Mais M. Mitteis lui-même reconnaît que des textes du Digeste qui, dans leur forme première, se rapportaient à la mancipation lui donnent ce droit à l'époque des jurisconsultes classiques. V. Pomponius, *D.*, 40, 1, 13 (Lenel, 327) ; Julien, *D.*, 47, 2, 57, 4 (Lenel, 343) ; Gaius, *D.*, 27, 10, 17 (Lenel, 476). C'est, à notre avis, la preuve que la disposition des XII Tables avait bien le sens général que lui a reconnu Gaius.

4. Paul, *D.*, 27, 3, *De tutelae act.*, 4, 3 : *Cum furiosi curatore non tutelae sed*

§ 2. — Curatelle du prodigue [1].

La curatelle du prodigue remonte également aux XII Tables. Selon les XII Tables [2], celui qui dissipait les biens familiaux dont il avait hérité ab intestat (*bona paterna avitaque*) était frappé d'interdiction par une décision du magistrat [3] et tombait sous la curatelle légitime de ses parents civils [4], mais du reste l'interdiction n'intervenait qu'alors et ne portait peut-être que sur les biens familiaux hérités ab intestat [5], tandis qu'à l'époque classique la curatelle fondée sur la prodigalité s'applique indifféremment à tous les prodigues et à tous leurs biens [6].

Le système de l'incapacité et de la curatelle du prodigue diffère du système corrélatif organisé pour le fou, en ce que l'incapacité, ayant un fondement différent, a aussi une portée et une durée différentes. Pour le surplus, les deux curatelles sont régies sensiblement par les mêmes règles.

L'incapacité du fou, commandée par la nature elle-même, suit avec une précision absolue les variations de la nature qui marque seule son commencement, sa fin, ses interruptions. L'incapacité du prodigue frappe un homme atteint tout au plus d'une infirmité morale, en possession de toutes ses facultés, considéré seulement comme en usant mal : c'est une création artificielle, dont le point de départ et la fin sont fixés artificiellement. Les XII Tables requéraient pour son établissement un décret d'interdiction prononcé par le magistrat, qui est à l'époque historique prononcé par le préteur urbain, qu'on prétend parfois avoir été soit jusqu'aux XII Tables, soit jusqu'à la création de la préture urbaine, prononcé par la *gens*, qui, à notre avis, a toujours été prononcé par le

negotiorum gestorum actio est, quae competit etiam dum negotia gerit. Cf. Alibrandi, *Opere giuridiche*, 1, 1896, pp. 583-591 ; Partsch, *Studien zur negotiorum gestio*, 1, 1913, pp. 66-72. L'action *negotiorum gestorum* donnée là est, croyons-nous, avec le dernier auteur cité, une action *utilis*, parce que, le curateur du fou étant obligé de gérer, on n'est pas dans les conditions propres de la gestion d'affaires qui suppose qu'on a géré sans y être astreint, sans en avoir mandat.

1. V. les textes et les ouvrages cités, p. 227, n. 6, sur la curatelle du fou.

2. D'après Ulpien, 12, 2 ; selon la coutume d'après Paul, *Sent.*, 3, 4, *a*, 7 (n. 3). Conciliation dans Karlowa, 2, p. 302 (disposition des XII Tables seulement implicite).

3. Paul, *Sent.*, 3, 4 *a*, 7 : *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo : Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.*

4. Ulpien, *Reg.*, 12, 2.

5. On peut invoquer dans ce sens, outre le début de la formule de l'interdiction : *Quando tibi bona paterna avitaque*, le langage de Val. Max., 3, 5, 2 : *Paternis bonis interdixit* et de Cicéron, *De senect.*, 7, 22 : *Quemadmodum nostro modo male rem gerentibus patriis bonis interdici solet.* Pourtant la formule de l'interdiction (note 3) porte, en même temps que sur l'*ea res*, sur le *commercium* en général.

6. Ulpien, *Reg.*, 12, 3. L'interdiction se justifie alors non plus seulement par l'intérêt des héritiers présomptifs, mais par celui de l'interdit et même de l'Etat (Gaius, 1, 53 : *Male enim nostro jure uti non debemus*).

magistrat, avant la création de la préture, par les consuls, et, sous la royauté, si l'interdiction existait déjà, par le roi. Et il en a, croyons-nous, été exactement de même pour les prodigues frappés d'incapacité en dehors des XII Tables, par exemple pour les affranchis, par exemple pour les ingénus qui ont été exclus de la succession paternelle ou qui l'ont recueillie comme héritiers testamentaires[1]. L'incapacité est, à notre sens, également établie pour tous par un décret d'interdiction et elle finit, croyons-nous, également pour tous seulement par un décret contraire prononçant la mainlevée de l'interdiction[2].

D'autre part, l'incapacité du fou, fondée sur le défaut total de raison, est, par la force des choses, une incapacité totale, s'étendant à tous les actes. Au contraire celle du prodigue, étant une création arbitraire, a pu être limitée, restreinte à certains actes, comme celles de la femme en tutelle, de l'impubère sorti de l'*infantia*. La formule de l'interdiction des XII Tables, en privant l'interdit du *commercium*, le rendait incapable de recourir aux modes d'aliéner, de s'obliger et de tester du droit d'alors. Puis la doctrine a étendu la même règle aux actes correspondants du droit nouveau et a donné pour base à son incapacité la distinction systématique des actes qui rendent la condition meilleure et la condition pire. Le prodigue interdit est capable de faire sa condition meilleure et incapable de faire sa condition pire[3], à peu près comme le

1. Cette solution est contestée pour eux par M. Audibert, qui, reprenant et remaniant une doctrine présentée par M. Ubbelohde, admet, en se fondant sur divers textes et notamment sur *D.*, *h. t.*, 1, *pr.*, que leur incapacité viendrait non pas d'une interdiction, mais d'un rapprochement avec la folie fait par la doctrine ; qu'il y aurait donc eu deux catégories de prodigues incapables : l'incapable interdit en vertu des XII Tables et appelé *is cui bonis lege interdictum est* et celui qui sans interdiction était incapable par assimilation au fou et était appelé *is cui bonis interdictum est*. Mais précisément ce système est, ainsi que l'a remarqué M. Appleton, directement contredit par l'expression *is cui bonis interdictum est* qui montre que, malgré le rapprochement avec la folie, le point de départ de l'incapacité est pour tous les prodigues dans une interdiction.

2. La nécessité d'un jugement de mainlevée, certaine pour les prodigues interdits des XII Tables, est niée pour les autres prodigues incapables par M Audibert et même par M. Appleton qui se laisse convaincre par quelques textes (*D.*, *h. t.*, 1, *pr.*, et Paul, *Sent.*, 3, 4 *a*, 12). Mais le plus embarrassant des deux textes, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.*, est, de l'avis de M. Appleton lui-même, interpolé, et l'idée que le prodigue revienne de plein droit à la capacité par son retour à la sagesse est précisément ce qu'il y aurait de plus inconcevable pratiquement dans le système de l'assimilation à la folie.

3. Ici encore nous devons écarter le système de M. Audibert sur les deux sortes de prodigues incapables. Selon cette doctrine, le prodigue interdit des XII Tables serait seulement incapable d'aliéner ses biens patrimoniaux et serait capable pour le reste, tandis que l'autre, réputé atteint de monomanie, serait incapable de faire les actes qui rentrent dans sa monomanie, c'est-à-dire de rendre sa condition pire. Mais en admettant que certaines solutions soient rattachées par les textes à la comparaison avec la folie, par exemple l'exclusion de l'obligation naturelle (cf. *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 6), rien ne prouve que la comparaison soit faite pour un prodigue plutôt que pour l'autre : la dualité n'apparaît par exemple pas du tout dans les textes qui nous sont parvenus en dehors des compilations de Justinien,

pubertati proximus, comme lui sans doute avec cette restriction qu'il peut s'obliger par ses délits, sans pouvoir plus que lui faire un testament [1], avec cette seule différence un peu saillante qu'il peut faire une adition d'hérédité [2].

Quant à la curatelle elle-même, elle a, comme l'incapacité, un caractère plus continu, plus ininterrompu en matière de prodigalité qu'en matière de folie, où les intermittences de l'incapacité se répercutent sur la curatelle. Mais, pour le reste, il n'y a pas de différence. Il n'y en a pas quant à l'attribution de la curatelle, qui a passé dans les deux domaines par les mêmes phases. Il n'y en a pas quant à son administration, ni quant aux procédés de gestion du curateur, ni quant à ses pouvoirs, ni quant à sa responsabilité. Il n'existe pas notamment plus de moyens pour le curateur du prodigue que pour celui du fou de faire agir l'incapable lui-même avec son concours. La doctrine, selon laquelle le prodigue aurait procédé avec le *consensus curatoris* aux actes auxquels le pupille procède avec l'*auctoritas tutoris*, ne s'appuie pas sur un seul texte et elle fait un pur anachronisme en rapportant aux vieilles curatelles des XII Tables des solutions admises tardivement, à la suite d'un développement indépendant, en matière de curatelle des mineurs de 25 ans [3].

§ 3. — Curatelle du mineur de 25 ans [4].

A la différence de la curatelle des fous et de celle des prodigues qui remontent aux XII Tables, la curatelle du mineur de 25 ans, c'est-à-dire de l'individu âgé de moins de 25 ans révolus, est une création du droit récent. Son introduction et son développement se rattachent à la

comme les Sentences de Paul et les Règles d'Ulpien, et qui devraient la révéler le plus nettement si elle existait encore à l'époque classique.

1. Car le testament est un acte *per aes et libram* compris dans l'interdiction du *commercium* et, même à l'époque où il se faisait devant les comices, le prodigue, ne pouvant disposer des *bona paterna avitaque*, se trouvait par là même dépouillé du droit de tester relativement aux autres en vertu de la règle *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest*.

2. Ulpien, *D.*, 29, 2, *De acq. vel om. her.*, 5, 1.

3. En sens contraire, Accarias, *Précis*, 1, p. 442. Le silence est particulièrement probant dans les textes qui opposent le prodigue au pupille en parlant de l'*auctoritas* pour le premier et en ne parlant pas du *consensus* pour le second. La meilleure preuve de l'origine lente et moderne du *consensus curatoris* est dans son absence totale de formes ; s'il avait existé dans l'ancien droit pour le prodigue, au lieu de s'être introduit dans le droit nouveau pour le mineur, il eût été aussi formaliste que l'*auctoritas tutoris*. Tout ce qu'on pourrait admettre en pure raison, ce serait que l'institution du *consensus*, une fois créée en droit récent pour les curateurs de mineurs incapables, aurait ensuite été étendue aux curateurs des prodigues (Labbé sur Ortolan, *Instituts*, 2, p. 715). Mais c'est une supposition purement gratuite à laquelle on n'eût jamais songé sans l'ancienne doctrine qui voyait dans le *consensus* une institution primitive symétrique à l'*auctoritas*.

4. *D.*, 4, 4, *De minoribus XXV annis*. Cf. Savigny, *Vermischte Schriften*, 2, p. 321 et ss. ; De Ihering, *Espr. du Dr. R.*, 4, p. 117-123 ; Pernice, *Labeo*, 1,

réaction, entamée sous la République et achevée sous l'Empire, contre le système primitif selon lequel le jeune citoyen devenait pleinement capable dès le moment de sa puberté. On peut, dans l'histoire de cette formation juridique, distinguer trois étapes principales : la loi Plaetoria, l'édit du préteur sur l'*in integrum restitutio* des mineurs et les réformes du droit impérial.

I. Loi Plaetoria[1]. — Les Romains des premiers siècles ne paraissent pas avoir été choqués de la capacité étrangement précoce reconnue aux jeunes gens : elle était probablement rendue moins périlleuse par la simplicité des mœurs anciennes ; le mode de constatation de la puberté permettait peut-être de la reculer un peu pour les jeunes garcons ; enfin elle ne se produisait pas pour les jeunes filles, qui ne sortaient alors de la tutelle temporaire fondée sur l'âge que pour passer sous la tutelle perpétuelle motivée par le sexe. Mais les inconvénients en ont été aperçus dès le milieu du VIe siècle, où nous trouvons le premier monument législatif destiné à les combattre, et aussi la première loi qui ait attaché une portée juridique à l'âge de 25 ans, la loi Plaetoria rendue au plus tard en l'an 563 et probablement assez peu auparavant[2].

Cette loi dirigée contre la *circumscriptio adolescentium*[3] contenait, à notre avis, certainement deux dispositions et peut-être une troisième[4] : 1° Elle créait, contre celui qui abuserait de l'inexpérience d'un jeune citoyen en traitant avec lui, une poursuite publique (*judicium publicum rei privatae*) sur laquelle il encourait sans doute une amende et quelques déchéances accessoires[5]. — 2° De plus, elle donnait au mineur lui-même contre celui qui l'avait trompé un moyen civil[6]. Ce moyen civil a pu, après l'introduction de la procédure formulaire, devenir une exception, mais, avant la création des exceptions, c'était sans doute, suivant une méthode dont il y a d'autres exemples du même temps, une action en recours, permettant au mineur, obligé d'exécuter l'engagement dolosif, de répéter ensuite soit ce qu'il avait livré, soit peut-être un mul-

pp. 225-229 ; Girard, *N. R. H.*, 1890, pp. 697-698 ; et les travaux cités, pp. 233, n. 1 et 236, n. 1.

1. Cf. Debray, *Mélanges Girard*, 1, 1912, pp. 265-314.

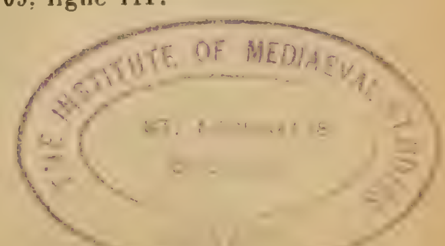
2. Elle est visée comme récente par Plaute, mort en 570, dans des pièces représentées en 563 ou vers 563 (*Pseudulus*, 1, 3, 69-70 : *Perii : annorum lex me perdidit quinavicenaria : metuont credere omnes* ; *Rudens*, 5, 3, 24-26 : *Cedo quicum habeam judicem ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem minus quinque et viginti annis natus*). Autre terme plus précis et moins sûr dans Costa, *B. Ist. D. R.*, 2, p. 72 et ss.

3. Cicéron, *De off.*, 3, 15, 61. *Phil.*, 14, 3, 7. Labéon, *D.*, *h. t.*, 16, 1.

4. Les textes de Priscien, 8, 21. 18, 149, qui la représentent comme ayant rendu le mineur incapable de s'obliger par contrat verbal, expriment uniquement un résultat pratique.

5. Cicéron, *De nat. deor.*, 3, 30, 74. Loi Julia de 709, ligne 111.

6. *D.*, 44, 1, *De except.*, 7, 1.


INSTITUTE OF MEDIAEVAL

tiple de sa prestation, et il n'est probablement devenu la base d'une exception qu'à l'époque récente, en vertu du principe doctrinal que c'est un dol de réclamer ce qu'on sera immédiatement obligé de rendre (*dolo facit qui petit quod statim redditurus est*)[1]. — 3° Enfin, nous est-il rapporté[2], soit en vertu de la loi Plaetoria, soit à cause de cette loi, le mineur pouvait se faire nommer par le préteur un curateur avec le concours (*consensus*) duquel il traiterait ; mais la même relation paraît bien représenter ce curateur comme n'étant nommé que pour concourir à un seul acte et son concours à l'acte peut fort bien n'avoir pas exclu légalement les poursuites de la loi Plaetoria, n'avoir donné aux tiers dégoûtés par cette loi de traiter avec les mineurs[3] qu'une certaine sécurité de fait : un argument très fort en ce sens est fourni par l'observation qu'à la différence de tous les actes juridiques de l'ancien droit, le *consensus* du curateur n'a jamais été soumis à aucune condition de forme.

II. ***Restitutio in integrum.*** — Le système de la loi Plaetoria protégeait le mineur trompé ; il ne protégeait que lui. En l'absence de manœuvres dolosives, les actes du mineur lui étaient opposables non seulement quand il subissait un préjudice par suite d'un cas fortuit, quand par exemple il avait acheté un esclave mort le lendemain par accident, mais quand il subissait une lésion résultant de l'acte lui-même, quand le mineur avait par inexpérience acheté trop cher ou vendu trop bon marché. Le préteur — entre la loi Aebutia et le début de l'Empire[4] — vint au secours du mineur qui n'a pas été trompé, mais qui s'est trompé,

1. Cette idée a été très bien développée par de Ihering, en partant du texte de la loi Julia, auquel on aurait même pu ajouter alors une mention de l'action contenue au *D*., *h. t.*, 24, 3, et on peut ajouter aujourd'hui la mention nouvelle fournie par le *fr. de form. Fabiana*, 4 (*Textes*, p. 454) qui déclare cette action noxale. Seulement M. de Ihering s'imaginait qu'il n'y avait qu'une action de la loi Plaetoria et il lui appliquait assez malaisément le nom de *judicium publicum rei privatae*, de Cicéron, *De nat. deor.*, 3, 30, 74. En réalité, comme l'a déjà vu M. Karlowa, *Legisaktionen*, 1870, pp. 352-353, la loi Plaetoria avait établi à la fois deux moyens, nettement désignés et distingués par la loi Julia qui exclut du décurionat *quei a*) *lege Plaetoria — b*) *ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit* : d'abord l'accusation publique de Cicéron, *De nat. deor.*, puis l'action civile de *D*., *h. t.*, 24, 3, et du *fr. de form. Fab.*, 4, plus tard remplacée par l'exception — un peu, pourrait on dire, comme la loi des XII Tables organisait à la fois contre le tuteur infidèle le *crimen suspecti* donné aux tiers et l'action *rationibus distrahendis* donnée au pupille.

2. Dans la vie de Marc-Aurèle attribuée à Capitolin par l'Histoire Auguste (*Vita Marci*, 10) : *De curatoribus vero cum ante non nisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.*

3. Plaute, *Pseud.*, 1, 3, 70 : *Metuont credere omnes.*

4. Il ne pouvait créer de *restitutio in integrum* avant la loi Aebutia (p. 38 et ss.). La *restitutio in integrum ob aetatem* était déjà parfaitement connue de Labéon, d'après *D.*, *h. t.*, 13, 1 ; 16, 1. Elle était aussi connue d'Ofilius, d'après le dernier texte.

en lui permettant d'obtenir la *restitutio in integrum* contre les actes par lesquels il a été lésé.

C'est un élargissement important du cercle de la protection du mineur. Mais il est aisé de comprendre que ce n'est pas encore là, même *jure praetorio*, l'établissement dans sa personne d'une incapacité semblable à celle dont sont frappés *jure civili* le pupille et le prodigue. Le pupille, le prodigue est incapable : les actes auxquels il procède sont nuls, par cela seul qu'ils rendent sa condition pire, sans qu'on cherche s'il y a lésion ou non, sans que le magistrat ait aucun pouvoir d'appréciation, sans que la nullité puisse être couverte par l'expiration d'aucun délai. Au contraire le mineur est capable. L'*in integrum restitutio* n'est pas pour lui un droit, c'est une grâce ; le préteur la lui accordera seulement en connaissance de cause, si cela lui paraît opportun [1] et il exigera notamment pour cela deux conditions : 1° qu'il y ait une lésion, c'est-à-dire non pas un préjudice quelconque [2], mais un préjudice résultant de l'acte lui-même, tenant par conséquent à l'inexpérience du mineur qui l'a fait à de mauvaises conditions, qui a acheté trop cher ou vendu trop bon marché [3] ; 2° qu'elle soit invoquée dans un délai très bref, qu'elle soit avant Justinien demandée dans ce qu'on nomme une année utile, depuis Justinien demandée et obtenue dans quatre années continues [4]. Ce n'est pas une suppression de la capacité, c'est un palliatif de la capacité. Mais la perspective de la *restitutio in integrum* n'en constituait pas moins pour le tiers qui traitait avec le mineur une nouvelle raison de défiance après celle venant des moyens de la loi Plaetoria ; ce dut par conséquent être une nouvelle raison pour le mineur d'essayer de rassurer ce tiers en se faisant assister d'un curateur, dont il est certain ici que le *consensus* est seulement une garantie de fait et n'exclut pas la possibilité de *restitutio in integrum* [5].

III Droit impérial. — Le système constitué vers la fin de la République par la combinaison des dispositions de la loi Plaetoria et de l'édit avec les règles de l'ancien droit peut facilement se résumer en trois propositions : 1. La curatelle est alors étrangère aux femmes, encore en tutelle relativement sérieuse ; 2. Pour les hommes elle n'intervient que sur leur propre demande [6] et à titre de mesure temporaire spéciale à un acte isolé ; 3. Le mineur, qu'il ait un curateur ou qu'il n'en ait pas, est

1. Paul, *D.*, *h. t.*, 24, 1.
2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 11, 4.
3. C'est ce qu'exprime la formule des interprètes : *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus.*
4. *C.*, 2, 52 (53), *De temp. in int. rest.*, 7.
5. *C.*, 2, 24 (25), *Si tutor vel curator intervenerit*, 2 ; 3.
6. Papinien dit, *D.*, 26, 5, *De tut. et cur. dat.*, 13, 2 : *Minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent.*

capable de procéder à tous les actes, sauf les voies de recours fournies par la loi Plaetoria et par la *restitutio in integrum* au mineur trompé et au mineur lésé. Les réformes du droit impérial ont porté sur les trois points, mais sans doute sensiblement plus tard qu'on ne croyait jusqu'aux derniers temps [1].

1. Dès avant la disparition complète de la tutelle des femmes, son affaiblissement croissant a rendu les curateurs aussi utiles aux jeunes filles arrivées à l'âge de douze ans qu'aux jeunes gens pubères. Paul suppose des femmes ayant des curateurs en même temps que des tuteurs. Justinien donne les règles de la curatelle pour les deux sexes [2].

2. La curatelle, de volontaire et spéciale, est devenue permanente et forcée. Des textes attribués à l'époque des jurisconsultes classiques la présentent comme étant déjà forcée dans certaines hypothèses, dans des cas où les tiers on le droit d'exiger la garantie de fait qu'elle procure, parce qu'il s'agit d'actes qu'ils sont contraints de faire avec le mineur, à savoir d'une action à intenter contre le mineur, d'un paiement à lui faire, d'un compte de tutelle à lui rendre [3] ; dans le cas aussi où le père a nommé dans son testament un curateur à son fils mineur [4]. D'autre part, des textes attribués à la même période présentent les curateurs comme ayant changé de rôle, comme étant devenus, de per-

1. Le caractère récent des règles portées dans les compilations de Justinien au sujet du mineur de 25 ans a été révélé par la découverte d'un ensemble d'interpolations systématiques. Quelques-unes d'entre elles avaient déjà été aperçues sans qu'on leur accordât une attention suffisante dès le réveil des recherches sur les interpolations, ainsi par Alibrandi, *Opere*, 1, 1896, p. 585, pour l'extension au curateur du mineur de l'*oratio Severi* ; par Ferrini, *Pandette*, p. 966, pour le langage prêté à Ulpien, *D.*, 4, 4, *De min.*, 1, 3, en contradiction directe avec ses *Reg.*, 12, 4, sur l'imposition des curateurs aux mineurs *bene rem suam gerentibus* ; par Gradenwitz, *Z. de Grünhut*, 18, 1891, pp. 340-347, où il releva une série d'intercalations du mot *curator* prouvées en partie matériellement par le rapprochement de textes parallèles (*Inst.*, 1, 26, *De susp. tut.*, 13, rapproché d'Ulpien, *D.*, 26, 10, *De susp. tut.*, 8 ; *C.*, 5, 37, *De adm. tut.*, 24, rapproché de *C. Th.*, 3, 30, *De adm. tut.*, 6). V. encore Arnò, *Archivio*, 71, 1903, pp. 320-348, sur *D.*, 26, 1, *De tut.*, 3, 1, et P. Krueger, *Festgabe Güterbock*, 1910, p. 248. Mais le nombre et l'importance des interpolations ont été révélés pour la première fois par des travaux publiés depuis 1912, en particulier par ceux de MM. Albertario, *Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori*, Pavie, 1912 (compte-rendu de Mitteis, *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 636-637) ; *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 240-258 ; *Nuovi indagini intorno alla oratio Severi* (*Studi Chironi*), Turin, 1913 ; *Dell' actio subsidaria concessa al minore*, Pavie, 1912 ; S. Solazzi, *La minore età nel diritto romano*, Rome, 1913, et les additions *Tutele e curatele*, 1914, pp. 91-105 ; R. de Francisci, *Saggi romanistici*, 1, Pavie, 1913, pp. 1-49 ; J. Partsch, *Studien zur negotiorum gestio*, 1, 1913, pp. 66-94.

2. Paul, *F. V.*, 110 (cf. Papinien, *D.*, 26, 5, *De tut. et cur.*, 13, 2). *Inst.*, *h. t.*, *pr.* : *Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt.* Cf. p. 238, n. 2.

3. Procès à intenter contre le pupille : Antonin Caracalla, *C.*, 5, 31, *Qui pet. tut.*, 1. Compte de tutelle à lui rendre : Gordien, *C.*, *h. t.*, 7. Paiement à lui faire : Ulpien, *D.*, 4, 4, *De min.*, 7, 2. Cf. p. 238, n. 2.

4. Papinien, *D.*, 26, 3, *De conf. tut.*, 6. Cf. p. 238, n. 2.

sonnages appelés à concourir à un acte isolé qu'ils étaient d'abord, des administrateurs généraux placés d'une manière permanente à côté des mineurs, par suite d'une transformation qui est rattachée par une source médiocre à une décision de Marc-Aurèle[1] et qui apparaît comme encore mieux justifiée par la logique pour certaines hypothèses de curatelle forcée, ainsi pour le paiement, pour la reddition de compte de tutelle où le curateur appelé à surveiller le versement des deniers peut sembler appelé par là à en surveiller l'emploi, ainsi pour le curateur nommé sans corrélation avec un acte déterminé par le testament du père. Dans cette nouvelle curatelle, ce n'est pas le mineur qui administre le patrimoine, c'est le curateur[2] qui, comme le tuteur, procède lui-même ou fait procéder le mineur avec son concours aux actes qui lui semblent convenables. Aussi les curateurs ayant les mêmes attributions que les tuteurs sont désormais soumis aux mêmes responsabilités[3] et voient leurs pouvoirs restreints de la même façon. L'*in integrum restitutio* imaginée par le préteur pour protéger l'incapable contre son inexpérience, en vue d'actes faits par lui, a été étendue aux actes faits pour lui, aux actes du curateur, d'où elle a passé, avons-nous vu (p. 219), aux actes faits pour le pupille par le tuteur en devenant ainsi une restriction apportée aux pouvoirs des uns et des autres. Les autres restrictions apportées aux pouvoirs du tuteur par le droit impérial, par le sénatus-consulte du temps des Sévères étendu par Constantin, par la constitution de Justinien sur les paiements s'appliquent également au curateur, et il en est de même des règles relatives aux garanties de la gestion, aux causes de destitution aux excuses.

Seulement les textes qui disent tout cela sont en réalité presque tous interpolés[4]. Les témoignages qu'ils contiennent valent pour le droit de

1. *Vita Marci*, 10 (p. 234, n. 2). La relation se trompe certainement en parlant d'*omnes adulti*. Les mots *non redditis causis* se rapportent peut-être à un détail du formulaire de la requête. Il peut n'être pas sans intérêt de noter avec M. Solazzi, p. 15, n. 1, que Marc-Aurèle a rendu un rescrit relatif à la nomination du curateur du fou (*D.*, 27, 10, *De cur. fur.*, 16, *pr.*).

2. Ulpien, *D.*, 4, 4, *De min.*, 1, 3. Cf. p. 236, n. 1.

3. Titres communs au *D.*, 26, 7, et au *C.*, 5, 37.

4. MM. Albertario et Solazzi ont montré que le système des excuses présenté dans les sources comme commun aux tutelles et aux curatelles n'a été rapporté à la curatelle des mineurs que par des additions faites après coup (v. par ex. le texte original de Marcien, *D.*, 21, 7, *De exc.*, 21, *pr.* et la copie remaniée des *Inst.*, 1, 25, *De exc.*, 4 ; la const. de Sévère et Caracalla rapportée pour les tuteurs, *F. V.*, 191, et étendue aux curateurs, *C.*, 5, 66, *Qui num. lib.*, 1), même dans les extraits d'ouvrages sur la matière de Paul et Ulpien rapportés aux *F. V.*, où par ex. le traité *de excusat. tutorum* de Paul (*D.*, 27, 1, *De exc.*, 11) est appelé *F. V.*, 231, *de excusationibus* tout court, où, tandis que les rescrits cités ne parlent que des tuteurs (v. par ex. 131, 141, 147), les commentaires (par ex. 147) ajoutent la mention des curateurs. Les excuses étaient primitivement étrangères aux curateurs des mineurs parce qu'elles n'ont de raison d'être que pour les charges obligatoires telles qu'étaient la tutelle et les curatelles du fou et du

Justinien, mais uniquement pour lui. En dehors d'un ou deux cas où le mineur peut être obligé à demander un curateur[1] et de la curatelle des femmes, où le curateur paraît avoir été dès l'époque classique imposé à la femme et mis à la tête de son patrimoine[2], le concours du curateur reste encore, à l'époque des Sévères, facultatif pour le mineur et restreint à des actes isolés.

Cela ne veut pas dire d'ailleurs que le système de curatelle générale et forcée décrit dans les textes qui viennent d'être signalés n'ait été introduit qu'à l'époque où ils ont été interpolés par Justinien. Ils expriment un développement qui s'est accompli dans la période intermédiaire entre leur rédaction et leur interpolation. Dès le temps de Dioclétien, il y a des régions de l'empire où la curatelle paraît être non seulement générale, mais imposée à tous les mineurs : ainsi l'Egypte d'après un édit d'un préfet d'Egypte en date de l'an 287[3]. Même dans le reste de l'empire, on voit, à partir du temps de Dioclétien et de Constantin[4],

prodigue et non pour les fonctions volontaires telle qu'était en droit classique la curatelle du mineur. C'est mensongèrement aussi que l'on a présenté l'*oratio Severi* comme visant les curateurs (*D.*, 27, 9, *De reb. act.*, 1, *pr.*) et en particulier ceux des mineurs (même titre, 3, 5) ; car un texte du même titre, 8, 1, nous apprend accidentellement que le sénatus-consulte ne parlait même pas des curateurs des fous et ne leur a été étendu que par interprétation. Des raisonnements analogues montrent que c'est par des impostures symétriques qu'on leur a attribué le *crimen suspecti* donné contre les tuteurs infidèles, la *satisdatio rem pupilli salvam fore* exigée de certains tuteurs, l'action subsidiaire donnée contre les personnes qui ont accepté d'eux des cautions insolvables et même l'administration des biens des mineurs elle-même (v. par ex. le texte interpolé d'Ulpien, *D.*, 4, 4, *De min.*, 1, 3, cité p. 236, n. 1).

1. Procès contre le pupille qu'un texte maladroitement reproduit par Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 2, cite encore comme le seul cas où le mineur peut recevoir un curateur malgré lui : p. 236, n. 3. Compte de tutelle, p. 236, n. 3, où la constitution citée vise d'ailleurs une mineure (n. 2). Le texte cité là sur le paiement est interpolé (v. Solazzi, pp. 224-225). Le texte de Papinien sur le curateur nommé par le père dans son testament, p. 236, n. 4, est pareillement interpolé ; car la nomination du curateur contenue dans le testament du père est encore déclarée nulle par Sévère et Caracalla en 294, *C.*, 2, 18, *De N. G.*, 6, *pr.*

2. Cette démonstration a été fournie par M. Solazzi, pp. 131-133. Cf. par ex. Paul, *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 20 ; Papinien, *D.*, 26, 5, *De tut. et cur.*, 13, 2 ; Modestin, *D.*, 26, 6, *Qui pet. tut.*, 2, 4.

3. *P. Oxy.*, 888 (Mitteis, *Chrestom.*, n° 329). V. aussi le *P. Vessely* du début du IVe siècle, publié par M. Wessely, *Lateinische Schrifttafeln*, n° 14, et avec des corrections par M. Partsch, p. 92, n. 1.

4. Si l'*oratio Severi* ne parlait pas du curateur du mineur, la constitution de Constantin qui l'a étendue en 328, le visait expressément (*C. Th.*, 3, 30, *De adm. tut.*, 3, à la vérité connue en grande partie seulement par Justinien, *C.*, 5, 37, *De adm. tut.*, 22, mais où il reste de l'original, au *C. Th.*, les mots *curatore* et *minorum*). Dès auparavant, on lui avait étendu le sénatus-consulte lui-même, au temps de Constantin, d'après la const. *C. Th.*, 3, 32, *De praediis*, 1, de 322, même à celui de Dioclétien, pense M. Partsch, d'après une scolie de Thalelaeus (*Bas.*, *Suppl.*, éd. Zachariae, p. 163, n° 44). Le système des excuses qui suppose la fonction devenue obligatoire est aussi étendu au curateur du mineur. *C. Th.*, 3, 31, *De excus. tut.*, 1. V. encore par ex. *C. Th.*, 3, 17, *De tut. et cur.*, 1. La constitution

se dessiner progressivement les traits qui ont fait de la curatelle une fonction analogue à la tutelle, obligatoire comme elle, donnant les mêmes pouvoirs qu'elle et soumise aux mêmes précautions qu'elle. Le développement ne s'est accompli qu'après la fin du Principat ; mais il était sans doute à peu près entièrement achevé dès avant Justinien.

3. Le nouveau principe appelait une dernière conséquence. Depuis que ce sont les curateurs qui administrent les biens des mineurs, la capacité civile des mineurs en curatelle n'a plus de raison d'être. Le curateur étant quant à l'administration dans une situation analogue à celle du tuteur, il n'est que logique de placer le mineur dans une incapacité analogue à celle du pupille. C'est ce qu'a fait le droit romain. Naturellement il ne l'a pas fait à l'époque classique où la transformation de la curatelle n'est pas encore opérée : un texte du jurisconsulte de la première moitié du IIIe siècle, Modestin, atteste encore chez le mineur en curatelle la capacité de s'obliger sans le concours de son curateur [1] ; mais il apparaît comme civilement incapable de s'obliger sans ce concours dans une constitution rapportée sous le nom de Dioclétien sous la date de l'an 293 [2]. Désormais il faut, quant à la capacité, distinguer deux sortes de mineurs : ceux qui ont des curateurs et ceux qui n'en ont pas. Ceux qui n'ont pas de curateurs ont besoin d'administrer leurs biens : ils sont capables, sauf la possibilité de *restitutio in integrum* au cas de lésion [3]. Au contraire, ceux beaucoup plus nombreux qui ont des curateurs généraux n'ont pas besoin d'administrer : ils sont incapables de faire leur condition pire sans le *consensus* de leurs curateurs ; ils peuvent invoquer leur incapacité civile pour méconnaître l'acte fait sans ce *consensus*, même quand il n'est pas entaché de dol, quand il n'est pas entaché de lésion, quand on leur a vendu loyalement à des conditions avantageuses un esclave mort d'un accident le lendemain. Le *consensus* est devenu dans ce régime un acte juridique symétrique dans le fond à l'*auctoritas*, quoique, par suite de son mode de développement, il en diffère toujours quant à la forme : l'acte par lequel le curateur habilite

de Dioclétien, p. 239, n. 2, dont à la vérité le texte ne nous est connu que par le *C. Just.* montre aussi à quel point était alors déjà parvenu le développement.

1. Modestin, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 101 : *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Cela implique évidemment qu'au temps de Modestin les mineurs en curatelle sont encore capables de rendre civilement leur condition pire et c'est tout à fait conforme à l'état général que nous venons d'exposer. Les efforts qui ont été faits autrefois pour écarter cette conclusion (v. par ex. l'argumentation à la fois ingénieuse et fragile basée par de Ihering, *Œuvres choisies*, 1, 1893, p. 220 et ss., sur *D.*, 46, 2, *De nov.*, 3) partaient d'une vue historique fausse.

2. *C.*, 2, 21 (22), *De in int. rest.*, 3.

3. M. Solazzi paraît estimer que cette catégorie de mineurs avait disparu sous Justinien ; mais les textes des compilations de Justinien qui en supposent l'existence me semblent trop nombreux pour avoir pu être tous conservés par inadvertance.

le mineur à agir, comble la brèche existant dans sa capacité comme dans celle du pupille. L'incapacité de fait ne cesse plus, comme jadis, avec le développement génésique, mais avec le développement cérébral.

Seulement si l'âge de puberté était bien précoce, le recul de la capacité à l'âge de 25 ans n'était-il pas bien tardif ? Les empereurs ont organisé, pour permettre de parer soit au risque d'*in integrum restitutio*, soit plus tard à l'incapacité civile résultant de la curatelle, la *venia aetatis* qui a été réglementée par une constitution de Constantin [1]. Au mineur, ayant ou non un curateur, qui démontrera qu'il est à même de bien gérer ses biens, les empereurs peuvent accorder remise du temps de minorité restant à courir, pourvu qu'il ait vingt ans, s'il est du sexe masculin, dix-huit, s'il est du sexe féminin. Son incapacité civile cessera, s'il était en curatelle ; son droit d'invoquer l'*in integrum restitutio* pour ses actes futurs disparaîtra, qu'il y fût ou non. Mais il y a des actes qui lui resteront défendus : d'abord les donations ; puis les aliénations tombant sous le coup de l'*oratio Severi* et des dispositions extensives.

§ 4. — Autres curatelles.

Parmi les autres cas de curatelle, il nous suffira de citer le curateur donné dans le droit nouveau à l'impubère soit, quand il est en tutelle, pour certains actes dans lesquels on lui donnait dans le droit ancien un *tutor praetorius* [2], soit, quand il est *alieni juris*, pour les biens abventices dont l'administration a été enlevée au père [3] ; puis le curateur au ventre, qui peut être donné par le magistrat à un enfant simplement conçu appelé à une succession afin de pourvoir à son entretien aux frais de la succession, et qui est déjà assez différent des curateurs ordinaires [4] ; enfin les curateurs encore plus différents préposés à l'administration de masses de biens, par exemple des biens d'un captif, d'une hérédité jacente ou d'un débiteur insolvable [5].

1. *C. Th.*, 2, 17, *De his qui veniam aetatis impetraverunt*, 1 (cf. *C.*, 2, 44, même rubrique, 2). La *venia aetatis* apparaît dès l'an 274, dans une constitution d'Aurelien, *C.*, *h. t.*, 1, comme écartant la *restitutio in integrum* ; au contraire le texte du *D.*, 4, 4, *De min.*, 3, *pr.*, où sont cités Sévère et Caracalla, nous paraît, comme à M. Solazzi, pp. 17-18, sûrement interpolé. La formule de la *venia aetatis* employée par la chancellerie des rois Goths est dans Cassiodore, *Variae*, 7, 41.
2. P. 219, note 2. *Inst.*, *h. t.*, 5. 6.
3. Nov. 117. Cf. p. 145, note 1.
4. *D.*, 37, 9, *De ventre in poss. mitt. et curat. ejus*. V. sur ses fonctions, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 17. 19. Gaius, *D.*, *h. t.*, 5, *pr.*
5. V. par ex. sur ces *curatores bonorum*, Baron, *Inst.*, p. 115.

CHAPITRE VI. — PERSONNES JURIDIQUES [1].

A côté des personnes que nous venons d'étudier et qui sont des êtres humains concrets, ayant une vie physique, la loi romaine reconnaît comme pouvant être les sujets de droits et de devoirs juridiques, comme pouvant avoir une existence juridique, d'autres personnes dont l'existence n'est admise que par une abstraction [2] et qu'on appelle aujourd'hui des personnes morales ou juridiques. Il suffira d'indiquer sommairement leurs principales catégories et le régime légal auquel elles sont soumises.

1. — Principales catégories de personnes morales.

Il y a deux grandes classes de personnes morales qu'on désigne assez commodément par les dénominations non romaines d'*universitates personarum* et d'*universitates rerum*. — Les *universitates personarum*, que les Romains appellent fréquemment du nom de *corpus*, aussi de celui d'*universitas*, sont des associations de personnes, ayant une personnalité propre distincte de celles de leurs membres, un patrimoine propre distinct des leurs. — Les *universitates rerum* sont des fondations de capitaux, des masses de biens affectées à des buts déterminés, par exemple à des buts de bienfaisance, de religion, d'instruction, et reconnues également comme ayant certaines aptitudes juridiques.

Les *universitates personarum* comprennent : 1° l'Etat, *res publica*, *populus*, ou, en l'envisageant du côté par lequel se manifeste pécuniairement sa personnalité, l'*aerarium populi Romani* ; les Romains ne semblent même pas s'être posé la question théorique de la reconnaissance de sa personnalité et paraissent l'avoir considéré comme ayant eu dès l'origine des biens, des créances et des dettes et comme ayant pu de tout temps par l'organe de ses magistrats procéder à tous les actes de la

1. Cf. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 254-309. 3, 1, pp. 150-172. Mommsen, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, 1843. Liebenam, *Zur Geschichte und Organisation des römischen Vereinswesens*, 1890. Waltzing, *Etude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, 4 vol., 1895-1900. Hoelder, *Natürliche und juristiche Personen*, 1905. J. Binder, *Das Problem der jurist. Persönlichkeit*, 1907. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1, 1908, pp. 339-416. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910, pp. 45-160.

2. Il y a là, d'après la doctrine dominante, une véritable fiction créée par le droit positif en vue de divers avantages pratiques, notamment afin de permettre d'atteindre certains résultats ou de satisfaire certains besoins dont la durée excède celle de la vie humaine. Mais il existe beaucoup d'autres systèmes soutenant plus ou moins résolument que l'homme individuel n'est pas le seul sujet de droits, que par exemple, a-t-on dit, des groupes d'individus peuvent constituer des unités organiques aussi différentes de leurs parties que l'organisme humain l'est des éléments qui le composent. V. à ce sujet Regelsberger, *Pandekten*, 1, pp. 289-302 et les nombreux renvois.

vie juridique, même à ceux qui, comme l'acquisition d'une succession, ont été le plus difficilement permis aux autres personnes morales [1], sans même être obligé de suivre les formes qui s'imposent à la vie juridique des autres personnes physiques et morales [2]; — 2° au-dessous de lui, des associations territoriales moindres, les communes (*civitates*, *coloniae*, *municipia*, etc.), qui ont également un patrimoine propre distinct de celui de leurs membres et des organes calqués sur ceux de l'Etat pour l'administrer, et peut-être certaines divisions territoriales plus petites encore qui n'ont pas d'organisation communale (*pagi*, *vici*); — 3° enfin de nombreuses associations, généralement modelées sur celles-là [3] et se rattachant à des intérêts religieux (collèges de prêtres de l'époque païenne), administratifs (*decuriae* des appariteurs), économiques (collèges funéraires), ou financiers (*societates publicanorum*, prenant à ferme la perception des revenus de l'Etat, l'exploitation de ses domaines, la confection des travaux publics, etc., mais non les sociétés ordinaires).

Les *universitates rerum*, les fondations ont été également connues du droit romain, mais moins tôt qu'on ne pourrait le croire. Elles sont à peu près étrangères au droit païen [4] et ne se sont développées qu'à l'époque chrétienne, où la personnalité est accordée soit aux établissements du culte, aux églises et aux couvents, soit aux établissements de bienfaisance organisés au profit des pauvres, des vieillards, des malades, des enfants abandonnés (*piae causae*), soit enfin aux masses de biens directement affectés à un office déterminé, sans établissement grevé quelconque, qui sont les fondations au sens le plus étroit du mot.

§ 2. — Régime des personnes morales.

En se plaçant à l'époque classique où il n'y avait pas encore d'*universitates rerum* et en écartant, parmi les *universitates personarum*, l'Etat et les circonscriptions administratives dont l'étude concerne plutôt le

1. La légende représente déjà le peuple comme institué héritier par Acca Larentia sous le roi Ancus (Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 14. Plutarque, *Q. R.*, 35).

2. C'est la doctrine qui nous paraît certaine et qui prévaut de plus en plus. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 194 et ss. Heyrowski, *Rechtliche Grundlage der leges contractus*, 1881.

3. V. à ce sujet Liebenam, et notre compte rendu, *N. R. H.*, 1891, pp. 375-376.

4. Les institutions païennes auxquelles on donne parfois ce nom ne sont pas, comme il le faudrait pour qu'elles constituent de véritables fondations, des patrimoines organisés en personnes morales afin de satisfaire à certaines fins, mais des biens remis à une personne morale déjà existante sous une certaine charge; v. par exemple les fondations alimentaires faites par des particuliers, *Textes*, pp. 834-838. Les fondations alimentaires impériales elles-mêmes ne constituent pas, à notre avis, de véritables *universitates rerum* organisées en personnes morales. On pourrait plutôt se poser la question pour certains temples, non pas pour ceux du temps de la République, dont les biens appartenaient à l'Etat (Mommsen, *Dr. publ.*, 3, pp. 67-82) ou tout au plus aux collèges placés près d'eux, mais pour les temples auxquels la capacité de recueillir des legs a été reconnue sous l'Empire (Ulpien, 22, 6).

droit public, les autres associations de personnes auxquelles la personnalité légale est reconnue soulèvent trois questions principales : celles de leur naissance, de leur fonctionnement et de leur mort.

1. Dans la notion romaine, l'association munie de la personnalité morale ne peut exister qu'en vertu de la loi [1]. On peut donc dire que le droit romain suit, en cette matière, le système de la *concession*, selon lequel la personnalité morale n'existe qu'en vertu d'une concession du législateur. Seulement pour ne pas tirer de là une vue très fausse du régime romain, il faut savoir deux choses : *a*) d'abord l'autorisation peut être générale ou spéciale ; or le droit romain n'a jamais admis qu'on pût constituer une association sans statuts ; en revanche, à cette condition, toutes les associations étaient licites sous la République : les XII Tables ne sanctionnèrent pas seulement celles qui existaient déjà, elles permirent d'en établir de nouvelles dans les mêmes formes [2] ; plus tard, une loi Julia de César ou d'Auguste [3], dirigée contre les associations politiques, ne laissa subsister qu'une partie des anciennes associations, les corporations ouvrières, les collèges de prêtres, les sociétés de publicains, et subordonna la création des associations nouvelles à une autorisation préalable [4] ; mais cette autorisation peut elle-même encore être soit spéciale, soit générale : tandis que les associations ordinaires ne peuvent se constituer qu'en vertu d'une autorisation préalable dont nous avons un certain nombre d'exemples [5], il y a des catégories d'associations privilégiées qui sont autorisées par avance à condition de se constituer suivant un certain type [6]. — *b*) Quand une association était autorisée, il ne semble pas qu'il fallût, pour lui donner la personnalité morale, une concession distincte de l'autorisation [7].

2. Les personnes morales peuvent avoir une sorte de droit de famille, le patronat, sur leurs esclaves affranchis, duquel les inscriptions nous ont gardé des vestiges très nombreux et très reconnaissables à cause de l'usage selon lequel l'affranchi tire son gentilice du nom de son ancien maître [8]. Elles ont surtout, au point de vue des biens, un patrimoine,

1. Gaius, *D.*, 3, 4, *Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*, 1.
2. XII Tables, 8, 27.
3. Suétone, *Caes.*, 42. *Oct.*, 34.
4. Gaius, *D.*, 3, 4, *Quod cujuscumque*, 1, *pr.*
5. Exemple, *Textes*, p. 882. Enumération dans Liebenam, pp. 229-230.
6. V. par exemple, *Textes*, p. 883, l'inscription de Lanuvium de l'an 136 reproduisant un chapitre du sénatus-consulte qui paraît avoir autorisé préalablement les collèges funéraires et qui est probablement celui signalé par Marcien, *D.*, 47, 22, *De coll.*, 1, *pr.*
7. C'est ce qui paraît résulter du texte fondamental de Gaius, *D.*, 3, 4, *Quod cujuscumque*, 1, 1. V. aussi Paul, *D*, 34, 5, *De reb. dubiis*, 20 (21).
8. Affranchis de cités appelés *Publicii*, ou, du nom concret de la cité, *Venafranii* ; *Velatii*, affranchis du collège des *accensi velati* ; *Monetarii*, affranchis de la

une fortune personnelle indépendante de celles des membres de l'association, des choses qui sont à elles et non à eux [1], des créances et des dettes distinctes des leurs [2]. Sur ce patrimoine, les personnes morales ont, non pas tous les droits qu'aurait une personne physique, mais une portion plus ou moins large de ces droits. Quant à leur exercice, il est réglé par les statuts qui y préposent des représentants spéciaux dont l'administration présentait dans le vieux droit à peu près les mêmes difficultés que la *negotiorum gestio* des tuteurs et curateurs et a profité progressivement d'améliorations analogues.

3. Les associations ne disparaissent pas avec les personnes qui les composent [3] : l'une des grandes utilités de la personnalité morale reconnue à une *universitas* quelconque est précisément de remédier aux inconvénients de la mortalité humaine par la création d'une personne juridique qui peut vivre indéfiniment. Mais la personne morale, qui ne meurt pas avec ses membres, peut mourir d'une mort distincte. Ce serait imaginable rationnellement pour l'État. Cela s'est produit en fait pour des cités supprimées à titre de peine. Cela arrive encore plus facilement pour les autres associations de personnes et aussi pour les *universitates rerum*, ainsi, sans parler d'autres causes, en vertu du retrait d'autorisation, dirait-on aujourd'hui, quand la fin à laquelle elles sont destinées a cessé de paraître conforme à l'intérêt public [4].

société de publicains fermiers de la frappe des monnaies, etc. V. Cagnat, *Cours d'épigraphie latine*, pp. 86-87.

1. Ulpien, *D.*, 48, 18, *De quaestionibus*, 1, 7 : *Nec plurium servus videtur sed corporis.*

2. Ulpien, *D.*, 3, 4, *Quod cujusq. univ.*, 7, 1 : *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent.*

3. Ulpien, *D.*, 3, 4, *Quod cujusq. univ.*, 7, 2 : *Nihil refert utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint.*

4. Nous en avons un exemple dans une constitution d'Honorius et Théodose de 415 dissolvant le collège des dendrophores comme un foyer de paganisme, *C. Th.*, 16, 10, *De pag.*, 20. Les empereurs règlent en même temps la répartition des biens en en prenant une part, en en donnant une autre à l'église et en en donnant une autre à des particuliers orthodoxes. En l'absence de pareille disposition expresse, c'est une question de savoir ce que deviennent les biens de la personne morale disparue. Le texte de Marcien, *D.*, 47, 22, *De coll.*, 3, *pr.*, supposant un collège illicite, dénué de la personnalité morale, est étranger au débat.

LIVRE III

LE PATRIMOINE

I. - LES CHOSES

Les choses (*res*) sont tout ce qui existe dans la nature. Mais le droit ne les étudie pas en elles-mêmes, pas plus que les personnes. Il étudie les personnes comme sujets de droits. Il étudie les choses comme objets de droits. Ainsi considérées, les choses sont divisées à de nombreux points de vue, soit d'après leurs caractères intrinsèques, soit d'après leur condition juridique. Nous indiquerons seulement les divisions les plus romaines et les plus importantes.

I. — ***Res in patrimonio, extra patrimonium.*** — Les choses dans le patrimoine sont celles qui sont sous la propriété privée d'une personne ou tout au moins qui sont susceptibles de s'y trouver. Les choses hors du patrimoine sont celles qui n'appartiennent à aucun particulier et qui, tout au moins dans la seule acception où la division présente une portée juridique, ne peuvent appartenir à un particulier [1].

Les *res extra patrimonium*, qui sont donc à peu près en dehors du droit privé, se divisent, à leur tour, commodément en deux catégories, les *res nullius divini juris*, soustraites à la propriété privée par des raisons d'ordre religieux, et les *res nullius humani juris*, soustraites à cette propriété par la force des choses ou par des raisons d'ordre public [2].

1. Gaius, 2, 1 = *Inst.*, 2, 1, *De R. D., pr.* : *Vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur.* On a dit que Gaius et Justinien font seulement la division en fait, selon qu'une chose se trouve présentement appartenir ou non à une personne. Mais, cela fût-il, rien ne nous empêche de la poser en droit. Il n'y a, en tout cas, aucun avantage à lui substituer la division des choses en choses dans le commerce ou hors de commerce, qui, littéralement et dans certains textes (v. par ex. *D.*, 20, 3, *Quae res pign.*, 1, 2), distingue les choses non pas selon qu'elles sont ou non susceptibles de propriété privée, mais selon qu'elles sont ou non susceptibles d'être aliénées.

2. Les Romains parlent seulement de *res humani juris* et de *res divini juris*. Mais l'addition est suggérée pour les *res divini juris* et pour une catégorie de *res humani juris*, pour les *res publicae*, par Gaius, *D.*, 1, 8, *De D. R.*, 1, *pr.*

1. *Res nullius humani juris.* Les *res nullius humani juris* sont les *res communes*, les *res publicae* et les *res universitatis*.

a) Les *res communes* sont celles qui sont à l'usage commun de tous les hommes parce qu'elles échappent à toute appropriation privée : l'air, l'eau courante, la mer et même le rivage de la mer, c'est-à-dire l'étendue des grèves recouvertes par le plus haut flot d'hiver [1], que certains jurisconsultes soutenaient cependant déjà se classer plutôt parmi les *res publicae* [2]. Tous les hommes ont sur elles un droit d'usage, qui est entendu assez largement pour qu'ils puissent s'en approprier des parcelles, non seulement respirer l'air, puiser l'eau, mais pêcher dans la mer et même élever des cabanes sur le rivage [3]. Elles-mêmes restent en dehors de l'appropriation privée et le droit d'en user est un attribut de la personnalité protégé non pas par les actions qui sanctionnent les droits patrimoniaux, mais par l'action qui réprime les atteintes à la personnalité, par l'action d'injures [4].

b) Les *res publicae* comprennent, d'après l'étymologie, les biens qui appartiennent au peuple considéré comme personne morale, l'*ager publicus*, les *servi publici* ; elles embrassent, au sens large, aussi bien ce qu'on appellerait aujourd'hui son domaine privé que son domaine public. Mais, au sens étroit, ce sont par excellence les choses qu'on dirait aujourd'hui constituer son domaine public, les biens qui ne peuvent appartenir à aucun particulier, parce qu'ils sont affectés à l'usage de tous les membres de l'État : les fleuves publics, qui sont les cours d'eau à écoulement constant par opposition à ceux d'un débit intermittent, l'usage des rives des fleuves, les ports, les voies publiques, les théâtres, les gymnases publics, etc. [5] Ces biens sont, dit-on, à l'usage de tous les citoyens comme les choses communes à celui de tous les hommes et, si

1. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 1. 3. 5.

2. Par ex. Celse, *D.*, 43, 8, *Ne quid in loco publ.*, 3. Cf. Neratius, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 14.

3. Le pêcheur est propriétaire de sa pêche ; le constructeur l'est de sa cabane et même du sol sur lequel elle s'élève, tant qu'elle subsiste (Marcien, *D.*, 1, 8, *De D. R.*, 6). Mais ce droit n'existe qu'en tant qu'il n'est pas écarté par des règlements publics, soit pour le rivage de la mer, où les autorités peuvent défendre de bâtir (*D.*, 43, 8, *Ne quid in loco publ.*, 4), soit pour la mer elle-même, où la pêche peut être interdite, dans des régions où elle a été affermée par l'Etat, ainsi que semblait déjà l'impliquer le langage d'Ulpien, *D.*, 47, 10, *De inj.*, 13, 7, et que le révèle aujourd'hui une inscription de fermiers de la pêche (*conductores piscatus*) découverte sur les côtes de la mer du Nord (Dessau, 1, 1461 ; cf. *Bull. Ist. D. R.*, 1889, p. 129 et ss.).

4. *D.*, 47, 10, *De inj.*, 13, 7.

5. Fleuves publics, usage de leurs rives, ports : *Inst.*, *h. t.*, 2, 4. Contre la doctrine d'Ossig, *Römisches Wasserrecht*, 1898, selon laquelle le nom de *flumen* s'appliquerait aux seuls fleuves par opposition aux ruisseaux et par conséquent les ruisseaux à écoulement constant ne seraient pas des *flumina publica*, v. Erman, *K. V. I.*, 1900, pp. 1-24. — Voies publiques : *D.*, 43, 8, *Ne quid in loco publ.*, 2, 21. — Théâtres, stade : *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 2.

quelqu'un est empêché d'en jouir, c'est également par l'action d'injures qu'il doit se plaindre [1]. L'utilité en est même si complètement absorbée par la jouissance publique qu'on a prétendu que l'État n'en était pas propriétaire et qu'il avait seulement sur eux un droit de souveraineté : c'est, à notre sens, une erreur [2].

c) Les choses des *universitates*, c'est-à-dire ici surtout des cités, pour lesquelles on peut encore distinguer les choses qui sont dans le domaine privé de la personne morale et celles qui sont dans son domaine public, comprennent, comme choses rentrant dans le dernier domaine, affectées à l'usage commun de tous les membres de la cité, le théâtre, le stade, les bains publics, etc. [3]. L'individu empêché d'en jouir aura encore l'action d'injures [4], et nous croyons encore qu'en dépit de l'absorption faite de leur utilité par la jouissance collective, la personne morale en a la propriété, simplement paralysée par cette jouissance collective [5].

2. *Res nullius divini juris*. Les *res nullius divini juris* sont des choses qui ne peuvent appartenir à aucun particulier par suite des droits que les dieux ont sur elles. Il y en a également trois catégories : les *res sacrae*, consacrées aux dieux supérieurs ; les *res religiosae*, consacrées aux dieux inférieurs, aux dieux mânes, et les *res sanctae*, qui sont tout au moins placées, à cause de leur importance, sous la protection spéciale des dieux.

a) Les *res sanctae*, qu'on nous dit n'être *divini juris* qu'en un certain sens, sont, à l'époque païenne, les portes et les murs des villes, les bornes des champs [6].

b) Les *res religiosae*, c'est-à-dire pratiquement les sépultures, sont classées parmi les *res divini juris* en vertu de conceptions de l'époque

1. *D.*, 43, 8, *Ne quid in loc. publ.*, 2, 9, où Ulpien fait le rapprochement.

2. La question a été vivement discutée, il y a une cinquantaine d'années, entre les cantons de Bâle-ville et de Bâle-campagne, à la suite de la désaffectation des anciennes fortifications de la ville de Bâle dont l'emplacement aurait constitué, dans le premier système, une chose n'appartenant à personne et susceptible d'occupation, dans le second, une propriété cantonale commune aux deux moitiés de l'ancien canton de Bâle. V. sur les péripéties du débat et les nombreuses consultations qu'il provoqua, Saleilles, *N. R. H.*, 1889, p. 459 et ss. La propriété de l'Etat sur les *res publicae* résulte, à notre sens, surtout de ce qu'il était normalement propriétaire de la plupart d'entre elles avant de les faire passer de son domaine privé dans son domaine public en les affectant à l'usage public (v. sur cette *publicatio*, A. Pernice, *Labeo*, 1, p. 269 et ss.) et que, même après cette affectation, il continue à en tirer les avantages du droit de propriété conciliables avec elle (par ex. le *solarium* payé pour l'occupation du sol public à l'époque impériale). La principale objection nous paraît être dans l'attribution aux riverains du lit abandonné par le fleuve public (p. 333). Cf. A. Pernice, *Labeo*, 1, p. 273 et ss.

3. *Inst.*, *h. t.*, 6. Ulpien, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 15, blâme le langage abusif désignant ces choses du nom de *res publicae*.

4. *D.*, 43, 8, *Ne quid in loc. pub.*, 2, 9.

5. V. la note 2. Marcien, *D.*, 1, 8, *De D. R.*, 6, 1, dit positivement qu'*universitatis sunt... quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatium*.

6. Gaius, 2, 8. Cf. l'addition de Justinien, *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 10.

païenne dont le droit chrétien n'a pas écarté les conséquences [1]. Un terrain acquiert la qualité des *res religiosa*, quand le cadavre ou les cendres d'une personne y sont déposées par les ayants droits de l'assentiment du propriétaire [2]. Il le perd, quand le cadavre ou les cendres en sont retirées. Jusque-là, ce terrain, étant considéré comme la demeure du mort, est soustrait à la propriété des vivants, bien qu'il puisse parfois être dans une certaine relation plus étroite avec certains d'entre eux [3]. Le droit de faire respecter la sépulture est reconnu par préférence aux mêmes personnes, tout en pouvant à leur défaut être exercé par tout le monde [4].

c) Les *res sacrae*, dont la notion s'est également dessinée à l'époque païenne et a été empruntée par le droit chrétien, sont les temples et le matériel du culte qu'il ne faudrait pas plus confondre avec les biens productifs de revenus appartenant aux temples ou affectés à leur besoin que le domaine public de l'État avec son domaine privé [5]. Leur protection regarde l'État, qui préside d'ailleurs à leur administration et à leur entretien comme à ceux des choses publiques [6]. Quant à leur affectation aux dieux (*consecratio*, *dedicatio*), elle ne peut résulter, comme celle des *res religiosae*, de la simple volonté d'un particulier. Elle implique une intervention du pouvoir civil qui, tout au moins pour les immeubles, doit être autorisée par une loi [7], et qui se manifestait, sous

1. Gaius, 2, 4 : *Religiosae (res sunt) quae diis Manibus relictae sunt*. Cf. A. Pernice, *Sitzungsberichte* de Berlin, 1885, pp. 1155. 1156 et Th. Mommsen, *Z. S. St.*, 16, 1895, pp. 203-220 (*Gesamm. Schr.*, 3, pp. 198-214). Sur une acception plus large du mot *religiosus*, v. Marquardt, *Culte*, 1, pp. 176-177.

2. Gaius, 2, 6. *Inst.*, *h. t.*, 9.

3. C'est ce qui semble se produire pour les sépultures héréditaires et de famille et encore plus pour celles appartenant à des associations funéraires. V. sur les différentes sortes de sépultures, Marquardt, *Vie privée*, 2, p. 425 et ss. Mais l'explication juridique n'est pas la même pour tous les cas : le droit des associés à une place dans le terrain de l'association s'explique par l'idée que le tombeau peut aussi bien appartenir à plusieurs personnes et, après leur décès, aux mânes de plusieurs, qu'à une seule personne aux mânes de laquelle il reviendrait pour le tout après son décès : v. Mommsen, p. 205 et ss. (*Ges. Schr.*, 3, p. 200 et ss.). Les *sepulcra familiaria* et *hereditaria* s'expliquent par l'idée que le droit au tombeau appartient en même temps qu'au premier personnage auquel le tombeau a été affecté ou plutôt qui se l'est affecté, soit à ses descendants, soit à ses héritiers, selon les dispositions qu'il a faites : v. Gaius, *D.*, 11, 7, *De Relig.*, 5, et Mommsen, p. 209 et s. (*Ges. Schr.*, 3, p. 204 et ss.). Cf. E. Albertario, *Rendiconti dell'Ist. Lomb.*, 43, 1910, pp. 533-541 et *Filangieri*, 1910, nos 7-8 et 11-12.

4. L'action *sepulcri violati*, qui est une action *in bonum et aequum concepta*, est donnée par l'édit du préteur *ei ad quem pertineat* et à son défaut à *quicumque agere volet* : *D.*, 47, 12, *De sep. viol.*, 3 (*Textes*, p. 150, n° 93). Sur l'institution singulière des amendes (*multae funerariae*), desquelles, depuis le milieu du IIe siècle environ, un vivant prévoyant pouvait à l'avance menacer les violateurs de sa sépulture, voir Mommsen, *Dr. publ.*, 3, pp. 79-82. *Dr. pénal*, 3, pp. 130-138. Merkel, *Festgabe der Göttinger Facultät für R. von Ihering*, 1892.

5. Gaius, 2, 4 : *Sacrae (res) sunt quae diis superiis consecratae sunt*. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, pp. 67-71. A. Pernice, *op. cit.*, pp. 1150. 1154.

6. Elles doivent même, selon Mommsen, être considérées comme appartenant à l'État aussi bien qu'elles.

7. Cicéron, *De domo*, 49, 127 : *Video esse legem veterem tribuniciam* (*leg. Papi-*

la République, par une concession solennelle du bien au dieu, faite soit par un magistrat supérieur, soit par des magistrats spéciaux élus à cette fin (*duoviri aedi dedicandae*) [1] : le magistrat prononçait, après un pontife, une formule sacramentelle (*lex dedicationis*), dont nous avons plusieurs exemples concrets [2]. La désaffectation résultait d'une cérémonie religieuse inverse (*profanatio*) [3].

Toutes ces choses ont pour trait commun d'être hors du patrimoine des particuliers. C'est pour cela que nous les avons énumérées en premier lieu. Nous allons au contraire étudier, avec les autres divisions des choses, les divers éléments constitutifs du patrimoine, c'est-à-dire de l'ensemble des droits d'ordre pécuniaire de chacun.

II. **Meubles, immeubles.** — Les meubles (*res mobiles, res se moventes*) sont les choses susceptibles d'être déplacées sans détérioration, y compris celles qui se meuvent par elles-mêmes (*res se moventes*, au sens strict) comme les animaux et les esclaves [4]. Les immeubles (*res soli*) sont la terre et ses dépendances telles que les plantes qui y adhèrent et les constructions élevées sur elle [5].

Sans avoir en droit romain les mêmes conséquences qu'en droit germanique ou dans notre ancien droit français, la distinction des meubles et des immeubles a toujours eu à Rome une portée que le temps n'a fait qu'accentuer [6]. Il y a aussi des différences légales sinon entre les diverses espèces de meubles, au moins entre certaines classes d'immeu-

riam) quae vetet injussu plebis aedes terram aram consecrari. Gaius, 2, 5, ajoute à la loi le sénatus-consulte. Cf. *Inst.*, *h. t.*, 8.

1. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 4, pp. 329-336.

2. V. en particulier dans Bruns, *Fontes*, 1, p. 283, la *lex* du temple de Furfo dans la Sabine de l'an 696, p. 284, celle de l'autel d'Auguste de Narbonne de l'an 11 ou 12 après J.-C , et, p. 286, celle de l'autel de Salone de l'an 137. L'usage avait sans doute dû établir, pour ces formules de dédication, des types généraux dont on ne s'écartait que selon les besoins concrets : c'est ainsi que l'on voit les titres de Narbonne et de Salone renvoyer à la *lex dedicationis* du temple de Diane de l'Aventin. Rigoureusement, il aurait fallu une dédication nouvelle pour chaque nouvel objet affecté au culte dans un temple déjà consacré ; mais le titre de Furfo montre que, pour éviter cela, on pouvait, dans la *dedicatio* du temple, faire par avance la dédication des choses qui y seraient placées plus tard, dire qu'alors ce serait *quasi dicatum sit*.

3. Macrobe, 3,3,4. Logiquement ce cérémonial eût été nécessaire, non seulement pour le temple, mais pour son matériel. Mais ici encore la loi de Furfo prend la précaution de dire, que, si le matériel est vendu, il redeviendra profane : *Ubi venum datum erit, id profanum esto*. Il n'y aura besoin de désaffectation en forme que pour les immeubles. Justinien permit de les aliéner dans quelques cas de nécessité extrême et de bienfaisance.

4. Cf. Celse, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 93.

5. *D.*, 19, 1, *De act. empti*, 40 : *Arborum quae in fundo continentur non est separatum corpus*. *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 7, 10 : *Omne quod inaedificatur solo cedit*.

6. Ainsi en matière de délai de l'usucapion, de formes de la mancipation, de possibilité de constituer une servitude prédiale, de possibilité de *furtum*, d'application des interdits, etc.

bles (*praedia rustica, urbana, suburbana; praedia Italica, provincialia*)[1].

III. *Genera, species. Res quae pondere numero mensurave constant. Res quae usu consumuntur.* La monnaie. — La division romaine des choses en *genera* et en *species* ne se confond pas, croyons-nous, avec leur division en choses *quae pondere numero mensurave constant* ou non. C'est par la nature ou tout au moins par les usages généraux du commerce que sont déterminées les choses qui se pèsent, se mesurent ou se comptent. Au contraire la division des choses en *genera*, c'est-à-dire en choses considérées seulement au point de vue du groupe auquel elles appartiennent, et en *species*, c'est-à-dire en choses individuellement visées, dépend de l'intention des parties qui traitent sur elles[2]. Mais il faut bien reconnaître que ce seront le plus souvent les mêmes choses qui figureront respectivement dans les deux termes des deux oppositions[3]. On peut même ajouter que, malgré une différence théorique encore plus nette, ce seront encore ordinairement elles qui, dans une dernière division, constitueront les deux termes de la distinction des choses en choses qui se consomment par le premier usage (*quae usu consumuntur, quae in abusu continentur*) et en choses susceptibles d'un usage répété[4]. Ainsi la monnaie, l'huile, le vin, le blé, sont des choses qui se consomment par le premier usage, qui se pèsent, se mesurent ou se comptent, et que l'on considère d'ordinaire *in genere*.

La plus importante juridiquement de ces choses est la monnaie, sur

1. Les *praedia urbana* et *rustica* se distinguent non pas d'après leur emplacement, mais selon qu'ils sont ou non bâtis (*D.*, 50, 16, *De V. S.*, 198) : les *praedia suburbana* sont au contraire ceux voisins d'une ville. Intérêt de la distinction des premiers et des deux autres, p. 220. Intérêts de la distinction des premiers et des seconds, notamment au point de vue de la division des servitudes réelles, de l'hypothèque tacite du bailleur. Sur la distinction des fonds italiques et provinciaux et sur son intérêt, v. p. 269.

2. L'intérêt de la première division se présente par exemple au point de vue de la possibilité d'un *mutuum* (Gaius, 3, 90), celui de la seconde au point de vue de la libération du débiteur par la perte de la chose (*genera non pereunt*). Sur la distinction des deux points de vue souvent confondus, v. de Ihering, *Œuvres choisies*, 1, 1893, p. 156 et ss. Regelsberger, *Pandekten*, 1, p. 379. Les expressions non romaines *choses fongibles, choses non fongibles* ne font qu'augmenter la confusion.

3. Naturellement une chose *quae pondere numero mensurave constat* peut être envisagée *in specie*, ainsi le vin qui se trouve dans un cellier (Ulpien, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 30, 6), et d'autres choses que celles-là être considérées *in genere*, ainsi une certaine quantité d'esclaves vendus à un entrepreneur de jeux (cf. *D.*, 23, 3, *De jure dot.*, 18).

4. *Inst.*, 2, 4, *De usuf.*, 2. Intérêt de la distinction, par ex., en matière d'usufruit. Sur le classement par le texte dans la première catégorie des vêtements que d'autres textes mettent dans la seconde (*D.*, 7, 1, *De usufr.*, 15, 4, par ex.), cf. de Ihering, *Œuvres choisies*, 1, 1893, p. 281 et ss. Naturellement il y a des choses qui se pèsent, qui se mesurent ou se comptent et qui ne se consomment pas par le premier usage, ainsi les poteries communes qui se vendent à la douzaine, le petit bétail, etc.

laquelle il ne sera pas hors de propos de donner ici quelques renseignements [1].

La monnaie joue économiquement le double rôle de mesure de la valeur et d'instrument d'échange. Et elle doit, pour remplir parfaitement ces deux fonctions, réunir des qualités délicates et nombreuses. Mais, pour parer sans trop de peine au second rôle, pour permettre par exemple à celui qui veut échanger un cheval contre du vin de fractionner ses opérations, de vendre le cheval à une personne moyennant un prix et d'acheter contre ce prix le vin à une autre personne, au lieu de faire l'opération avec une seule personne, à la fois disposée à aliéner le vin et à acquérir le cheval, il suffit que cette monnaie consiste en une marchandise assez utile pour que tout le monde soit disposé à l'accepter en paiement et assez répandue pour que tout le monde puisse en avoir pour payer. Or ces deux qualités peuvent appartenir, selon les milieux, à des marchandises très diverses. Et c'est pourquoi les marchandises employées comme monnaie ont beaucoup varié suivant les temps et les lieux.

A Rome on a successivement employé, comme instrument des échanges, les têtes de bétail ; puis le métal pesé, le cuivre ; puis le métal monnayé par l'Etat : cuivre, argent et or.

Comme une infinité de populations anciennes, anciens Perses, anciens Grecs, Germains, Celtes, comme plus longtemps encore les habitants de l'Islande, comme certaines populations de l'Afrique contemporaine [2], les populations italiques ont eu pour première monnaie les têtes de bétail, les bœufs et les moutons, et même, comme cela se retrouve peut-être en Islande [3], il y avait un double étalon, un rapport légal de

1. Cf. Th. Mommsen, *Hist. de la monnaie romaine*, 4 vol., 1865-1875. Marquardt, *Organisation financière*, pp. 1-46. 87-90. Hultsch, *Griechische und römische Metrologie*, 2e éd., 1882. Kubitschek, dans Pauly-Wissowa, v° *As*.

2. Anciens Perses : l'Avesta, Vendidad, 7, 41-44, évalue en bétail le salaire des médecins. — Anciens Grecs : Homère, *Ilyas*, *Z*, 236. H, 474 ; *Odyss.*, α, 421 ; v. aussi le proverbe sur le témoin acheté, auquel « un bœuf a passé sur la langue » (Theognis, 815 ; Eschyle, *Agamemn.*, 35) ; les lois de Dracon fixaient encore, comme les vieilles lois romaines, leurs amendes en bétail (Pollux, 9, 61 ; cf. Plutarque, *Sol.*, 23). Cf. Buechsenschuetz, *Besitz und Erwerb im griech. Alterthume*, 1869, p. 465 et ss. — Celtes d'Irlande : d'Arbois de Jubainville, *Etudes sur le droit celtique*, 1, 1895, p. 335 (bétail, à côté des femmes esclaves et des sacs d'orge). — — Anciens Germains : Brunner, *Deutsche Rechtsgesch.*, 1, 2e éd., p. 81. — Islande : von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht,* 2, 2, 1895, pp. 510-529) concurremment avec une monnaie d'étoffe grossière). — Afrique contemporaine : les Cafres paient les compositions de leurs délits et les prix d'achat de leurs femmes, en têtes de bétail, comme les héros d'Homère : Post, *Africanische Jurisprudenz,* 1889, 1, p. 69 ; 2, p. 32 ; exemples analogues chez les Bogos, *op. cit.*, 1, p. 69 ; chez les Somalis, 1, pp. 69. 334. Autres monnaies africaines : coquillages, esclaves, étoffes, 2, pp. 175-179.

3. C'est du moins l'opinion de Mommsen, *Hist. rom.*, 1, p. 263, n. 1. Cf. von Amira, qui signale seulement le rapport légal comme existant entre la monnaie de bétail et la monnaie nationale d'étoffe grossière.

valeur entre le bœuf et le mouton ; le bœuf valait dix moutons, comme en Islande il en valait douze [1].

Mais dès avant la disparition de cette monnaie, dès avant les XII Tables et peut-être dès avant la fondation de Rome, les populations italiques connaissaient, à côté du bétail, un autre instrument d'échange, le cuivre (*aes*), employé à l'état brut (*aes rude*) [2], en lingots que l'on pesait pour chaque paiement, en les rognant au besoin de manière à obtenir le poids requis [3].

Enfin les Romains sont parvenus de bonne heure à la possession d'une monnaie métallique semblable à notre monnaie moderne dont les exemplaires frappés ou fondus d'avance par l'État, ayant toujours une valeur uniforme, n'ont plus besoin d'être pesés, peuvent être comptés. Cette réforme qu'on a fait parfois remonter au temps légendaire de Servius Tullius [4], n'a certainement pas été établie avant l'époque des XII Tables : le point délicat est de savoir si elle a été établie par les XII Tables elles-mêmes [5] ou, comme le veut une doctrine plus récente,

1. Le premier point est prouvé d'abord par le nom de la monnaie, *pecunia*, qui vient de *pecus*, comme en anglais *fee*, salaire, vient du mot germanique qui signifie bétail, comme le nom de la roupie indienne vient de *rupá*, bétail ; il est prouvé surtout par le fait que, dans les vieilles lois romaines, les amendes sont fixées en bétail : elles allaient, dit Festus, v° *Ovibus*, de 2 moutons à 30 bœufs. Quant au second, le rapport établi entre les moutons et les bœufs résulte de ce que, lorsque les amendes en bétail furent converties en amendes en argent, le bœuf fut évalué à 100 as et le mouton à 10 : Festus, v° *Ovibus* et v° *Peculatus*.

2. Le souvenir de cette monnaie a encore laissé sa trace non seulement dans la langue du droit, dans les termes nombreux dérivés de *pendere* (*expensilatio*, *compensatio*, etc.), mais dans les institutions juridiques elles-mêmes, dans les modes d'acquérir et de s'obliger *per aes et libram* (mancipation, *nexum*).

3. V. un exemple de lingot ainsi coupé dans Daremberg et Saglio, v° *As*, fig. 547.

4. L'opinion qui fait remonter la monnaie à Ser. Tullius a été longtemps très répandue, notamment parmi les jurisconsultes. Mais elle repose sur une confusion, d'ailleurs déjà faite par des écrivains anciens (Cassiodore, *Var.*, 7, 22 ; Plutarque, *Poblic.*, 11). L'innovation attribuée à Ser. Tullius ne consista pas à supprimer la nécessité de la pesée, mais à remédier à un autre inconvénient de l'usage des lingots. Il fallait, dans l'ancien système, non seulement les peser, mais vérifier la pureté du métal ; ce qui est attribué par ex. par Pline, *N. H.*, 18, 12. 33, 43, à Ser. Tullius, c'est l'établissement d'une vérification officielle du métal qui était ensuite poinçonné d'un signe de contrôle, mais qui était néanmoins toujours en blocs inégaux qu'il fallait peser et morceler pour les paiements (v. des exemples de pareils lingots marqués de l'image d'un mouton, d'un bœuf ou d'un porc dans Daremberg et Saglio, v° *As*, fig. 546. 547. 548).

5. Cette doctrine admise jusqu'aux derniers temps par des personnes les plus compétentes et qui avait été soutenue par Mommsen, *Monnaie romaine*, 1, p. 179, s'appuie principalement sur le rapprochement, assurément très frappant, de deux textes de Festus, d'après lesquels la réforme semble avoir été faite entre l'an 300 et l'an 324 de la chronologie traditionnelle ; en l'an 300, l'on trouve encore une loi Aternia Tarpeia qui fixe le maximum des amendes en têtes de bétail, qui ne connaît donc pas d'autre monnaie officielle : en l'an 324, ces amendes sont converties en monnaie métallique (Festus, v° *Ovibus* ; v° *Peculatus*). Cela place la réforme

seulement au début du Ve siècle de Rome[1]. La monnaie ainsi créée a du reste été d'abord uniquement une monnaie de cuivre, naturellement fort volumineuse et fort incommode dans les paiements un peu importants dont l'unité était l'as d'une livre, as libral, ainsi nommé d'après la première doctrine parce qu'il aurait pesé légalement une livre romaine de 327 grammes tout en n'en pesant pratiquement que les 10/12, dix onces, 272 grammes, d'après la seconde doctrine, parce qu'il aurait été émis sur le pied de l'ancienne livre italique de 272 grammes.

Ce fut seulement en l'an 485 de Rome qu'on établit une monnaie légale d'argent, que l'argent, depuis longtemps employé en lingots dans les transactions, fut frappé en pièces d'un *denarius* (10 as), d'un *quinarius* (5 as) et d'un sesterce (2 as 1/2) au temple de *Juno moneta in arce*, d'où le nom de la monnaie.

Ce n'est que depuis l'Empire que la monnaie d'or commença à être frappée comme monnaie officielle.

Nous n'avons pas à énumérer ici toutes les monnaies ni à suivre les variations de leur cours. Il suffira pratiquement, pour l'intelligence de la plupart des monuments juridiques, de savoir : 1° quant au cuivre, que l'as, qui perdit constamment de son poids, avait déjà subi lors de l'introduction de la monnaie d'argent une réduction assez importante pour que l'on considérât le sesterce de deux as et demi nouveaux comme correspondant à un as ancien suivant une équivalence indiquée dans des textes assez nombreux[2] ; il tomba encore beaucoup plus bas ;

entre les deux dates et il est assez naturel de croire qu'elle a été faite en 305 par les décemvirs.

1. Les arguments de forme et de fond ont paru beaucoup se multiplier dans les dernières années pour placer l'introduction de la monnaie à Rome dans la première partie du Ve siècle, un peu après la victoire d'Actium de 416 que rappellent les proues de navires représentées au revers des anciennes monnaies de cuivre. V. en faveur de cette doctrine, les résumés des travaux de Samwers, Bahrfeld, Haeberlin et Willers, donnés par Regling, *Klio*, 6, 1906, pp. 489-524, et par B. Pick, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* de Conrad, 3e éd., 6, 1910, v° *Münzwesen*, pp. 832-839.

2. V. par ex. Paul, *Collat.*, 2, 5, 5, rapproché de Gaius, 3, 223 ; Dion Cassius, 56, 10, rapproché de Gaius, 2, 274 ; autres exemples dans Mommsen, *Monnaie romaine*, 2, p. 32. — Dans la doctrine selon laquelle l'as aurait été introduit par les XII Tables avec un poids nominal de 327 grammes, et réel de 272, on disait qu'il était devenu, en l'an 485, un as trientaire, pesant le tiers de son poids nominal, quatre onces, soit 109 grammes, et qu'en conséquence, le sesterce de 2 as trientaux et demi, soit donc de 272 grammes, équivalait à l'ancien as de 272 grammes. Mais il ne paraît pas y avoir eu, au cours des réductions de l'as, d'as trientaux, et en 485, on abaissa son poids non pas à quatre onces, mais à deux : on passa de l'as semilibral de six onces qui existait auparavant, à l'as sextantaire de deux onces. En conséquence, l'équivalence de l'as ancien et du sesterce doit être expliquée autrement. On l'explique par ex. dans la doctrine récente en disant que, tandis que les as semilibraux antérieurs à 485 avaient leur poids calculé d'après l'ancienne livre de 272 grammes, et pesaient donc 136 grammes, les as sextantaires émis en 485 avaient leur poids réglé d'après la livre romaine moderne de 327 grammes et pesaient par conséquent 54 gr. 50 : en sorte qu'une

au début de l'Empire, c'est une monnaie de billon valant 6 à 7 centimes ; — 2° quant à l'argent, que le denier valait, sous la République, un peu moins de 0 fr. 90 et par conséquent le sesterce environ 0 fr. 22 ; — 3° enfin que, sous l'Empire, où l'or est pris pour type, l'unité a d'abord été l'*aureus*, valant sous Auguste 27 francs et dont le sesterce, devenu une monnaie de cuivre, était le 1/100 valant donc 0 fr. 27, mais que, sans parler d'une quantité d'autres variations, l'*aureus* du Principat a été, à partir de Constantin, remplacé par le sou d'or byzantin, *solidus aureus*, qui ne vaut pas tout à fait 16 francs.

IV. Choses simples, composées, divisibles, indivisibles ; fruits et produits [1]. — Il ne sera peut-être pas inutile de signaler dès maintenant les divisions des choses qui se rattachent à la façon de laquelle une chose peut être faite de plusieurs, ou plusieurs d'une seule. Une seule chose est faite de plusieurs au cas de formation d'un corps composé. Plusieurs sont faites d'une seule au cas de division, dont la séparation d'une chose de ses fruits ou de ses produits n'est au fond qu'un aspect.

1° En partant de doctrines philosophiques dues à l'école stoïcienne, les Romains distinguent [2] trois espèces de choses au point de vue de leur degré d'unité et de cohésion : 1° les choses absolument simples, faites, pourrait-on dire, d'un seul morceau, comme sont, à leur sens, un esclave, une pierre précieuse, une poutre ; 2° les choses composées mécaniquement de la réunion en un tout de plusieurs parties, tels que sont un édifice, un navire, un armoire (*universitates rerum cohaerentium*) ; 3° enfin les choses collectives (*universitates rerum distantium*) composées de plusieurs choses restées indépendantes, qui sont constituées en unité seulement par leur destination commune, ainsi un troupeau [3]. Et ils appliquent aux secondes et aux troisièmes, bien qu'en réalité elles soient des ensembles et non des unités, les mêmes règles qu'aux premières, à certains points de vue, notamment à celui de la revendication.

2° A l'inverse, une chose, d'abord unique, peut se trouver morcelée

pièce d'un sesterce valant deux as et demi nouveaux de 54 gr. 50, soit 136 gr. 25, équivalait sensiblement à un as ancien de 136 grammes.

1. Cf. Goeppert, *Einheitliche, zusammengesetze, und Gesammtsachen nach römisch. Recht*, 1871 ; *Organische Erzeugnisse*, 1869. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht*, 1, 1902, pp. 46-68. 331-498.

2. Le texte fondamental est celui de Pomponius, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 30, *pr.* : *Tria autem sunt genera corporum, unum quod continetur uno spiritu et Graece* ἡνωμένον *vocatur, ut homo tignum lapis et similia* ; *alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod* συνημμένον *vocatur, ut aedificium navis armarium* ; *tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non* [supprimez *non*] *soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus legio grex.*

3. *Grex* : note 2. De même un essaim (*examen apium*). Observations intéressantes sur la détermination pratique de la consistance du troupeau par la marque du bétail (*signare*) chez de Ihering, *Indo-Européens*, p. 28 et ss.

en plusieurs parties divises dont chacune constitue une chose nouvelle (*partes pro diviso*, *certae partes*), comme les choses mobilières, qui peuvent être indéfiniment divisées d'après la nature, et comme le sol, qui n'est pas, au sens propre, susceptible de morcellement matériel, mais qui est aussi divisé par voie de limitation [1]. On considère comme n'étant pas légalement susceptibles de division matérielle et par conséquent comme étant indivisibles les choses qui pourraient bien être matériellement fractionnées, comme le peuvent tous les meubles, mais qui ne le pourraient pas de façon que chaque partie conservât proportionnellement les propriétés du tout (un esclave, un animal, un vase, un navire) [2]. On oppose à la division physique ou matérielle, qui est la seule véritable division des choses, la division juridique ou intellectuelle, qui est seulement une division des droits portant sur les choses et en vertu de laquelle une personne peut, précisément parce qu'il n'y a pas de division véritable, avoir un quart, un tiers indivis de la propriété, de l'usufruit d'une chose (*partes pro indiviso*) [3].

3° Les fruits et les produits sont, au fond, seulement des parts divises de la chose dont ils proviennent. Jusqu'à leur séparation, ils se confondent avec elle [4] et ils n'acquièrent une individualité par la séparation que comme une part divise quelconque retirée d'un tout. L'intérêt qui fait les en distinguer tient au traitement spécial auquel le droit soumet une catégorie particulière d'entre eux, les fruits (*fructus*), qui sont les choses qu'une autre chose produit et reproduit périodiquement en vertu de sa destination (moissons, produit des arbres fruitiers, laine, croît des animaux) [5], tandis qu'on classe parmi les produits au sens strict, les produits auxquels manque le caractère de périodicité (arbres de haute futaie, trésor) [6] ou de destination (part de la femme esclave) [7]. Une terminologie, dont on peut chercher les débuts, mais seulement les débuts dans le droit romain, rapproche des fruits naturels (*fructus naturales*)

1. Paul, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 25, 1. Ulpien, *D.*, 8, 4, *Comm. praed.*, 6, 1.
2. Pomponius, *D.*, 30, *De leg.*, *I.*, 26, 2.
3. Ulpien, *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 5 : *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore.* Papinien, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 66, 2.
4. Gaius, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 44 : *Fructus pendentes pars fundi videntur. D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 40.
5. Aussi d'après la conception des Romains, le produit des mines et carrières, Paul, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 77 ; cf. *D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 7, 13.
6. Ulpien, *D.*, 24, 3, *Solut. matr.*, 7, 12. *Silvae non caeduae* par opposition aux *silvae caeduae*, aux bois taillis ou en coupe régulière.
7. Ulpien, *D.*, 5, 3, *De H. P.*, 27, *pr.* : *Quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur ut pariant.* Autre raison puérile, Gaius, *D.*, 22, 1, *De usuris*, 28, 1, copié par Justinien, *Inst.*, 2. 1, *De R. D.*, 37. La doctrine moins raffinée, selon laquelle le *partus ancillae* était un fruit comme le croît du troupeau, était sans doute la doctrine ancienne, soutenue, d'après Cicéron, *De fin.*, 14, 12, par P. Mucius Scaevola, cos. 621 et M'. Manilius, cos. 605, et combattue par M. Junius Brutus d'après le même Ulpien, *D.*, 7, 1, *De usufr.*, 68.

les fruits civils (*fructus civiles*), c'est-à-dire le revenu qui n'est pas produit par la chose elle-même, mais obtenu à raison de la chose en vertu d'un acte juridique [1].

V. ***Res mancipi, nec mancipi*** [2]. — Cette division, qui est exclusivement romaine et qui est même effacée dans le droit dénationalisé de Justinien, a deux termes très nets et une signification immédiate très visible. Les choses *mancipi* sont les fonds de terre italiques, les servitudes prédiales rustiques existant au profit de ces fonds, les esclaves et les bêtes de somme et de trait (*animalia quae collo dorsove domantur, velut boves muli equi asini*), qu'elles soient ou non déjà employées à cet usage, a-t-on fini par admettre [3]. Les autres animaux, moutons, porcs, chèvres, par exemple, et les autres choses inanimées sont *nec mancipi*. Quant au sens, la distinction procède évidemment du rapport des choses *mancipi* avec la mancipation (*mancipium*) : elle signifie soit que l'aliénation par mancipation est exigée pour elles seules, soit plutôt que l'aliénation par mancipation n'est exigée et possible que pour elles seules (p. 297). Le point douteux est de savoir pourquoi certaines choses ont été mises plutôt que d'autres dans cette catégorie. La doctrine la moins aventureuse, à notre sens, y voit les éléments essentiels de la fortune du paysan romain primitif, seuls régis par conséquent par le mode d'aliéner de l'ancien droit romain. Il est même possible : 1° que ces biens aient été à l'origine les seuls susceptibles de propriété romaine et de revendication ; 2° que l'opposition des choses *mancipi* et *nec mancipi* ait anciennement correspondu à celle de la *familia*, comprenant, à côté de la femme et des enfants et des personnes *in mancipio*, les esclaves et les principaux animaux agricoles, c'est-à-dire toutes les choses qui pouvaient se manciper avant l'introduction de la propriété foncière, et de la *pecunia*, menu bétail, monnaie, constituée par les autres choses. Mais ces conjectures [4], vraisemblables en elles-mêmes, ne le restent qu'à condi-

1. Loyers (*pro fructibus accipiuntur* : Ulpien, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 36 ; *loco sunt fructuum* : Ulpien, *D.*, 5, 3, *De H. P.*, 29). Intérêts des créances (*vicem fructuum optinent* : Ulpien, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 34) ; en sens contraire Pomponius, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 121 : *Usura... pecuniae in fructu non est.*). M. Herzen, *Mélanges Girard*, 1, 1912, pp. 525-547, distingue, en partant logiquement de la même idée, mais en s'écartant encore plus de la terminologie romaine, les produits directs ou organiques de la chose et ses produits indirects.

2. Ulpien, 19, 1. Gaius, 2, 14 *a*-17. Cf. P. Bonfante, *Res mancipi e nec mancipi*, 1889, et le compte rendu de H. Krueger, *Z. S. St.*, 12, 1891, p. 151 et ss. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 354-360.

3. C'est la doctrine sabinienne, qui paraît avoir fini par prévaloir. Les Proculiens soutenaient qu'elles n'étaient *mancipi* qu'une fois dressées ou du moins en âge de l'être (Gaius, 2, 15). Caton, *De r. r.*, 38, met aussi à part les *muli equi asini* qui sont de la *familia*. On a toujours exclu les animaux exotiques d'importation récente tels que les éléphants et les chameaux (Gaius, 2, 16).

4. Les deux idées ont été exprimées par M. de Ihering, *Actio injuriarum*, tr. fr.

tion qu'on ne veuille pas les appliquer à des temps trop récents : les choses *nec mancipi* étaient déjà susceptibles de propriété romaine et de revendication avant la disparition des Actions de la loi [1] ; la distinction de la *familia* et de la *pecunia*, qui dut être obscurcie du jour où l'on fit rentrer parmi les choses *mancipi* les fonds de terre et les servitudes rustiques, n'a déjà plus de sens dans les XII Tables où les deux mots sont employés indifféremment l'un pour l'autre [2].

VI. ***Res corporales, incorporales*** [3]. — Les choses corporelles sont, dit Justinien après Gaius, les choses qui tombent sous les sens, *quae tangi possunt*, qui ont une existence matérielle, comme à peu près toutes celles que nous avons déjà rencontrées [4] (*fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles*) ; les choses incorporelles sont celles qui ne tombent pas sous les sens, *quae consistunt in jure* (*hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae*). Cela revient à opposer les droits à leurs objets, sauf qu'il semble que parmi les droits on omet le plus important de tous, le droit de propriété, mais on ne l'omet pas en réalité, on le met dans la première catégorie en le confondant avec les choses sur lesquelles il porte. En sorte que le premier terme de la division correspond au droit de propriété et le second à tous les autres droits.

Cette division, inconnue des anciens Romains qui ne connaissaient pas d'autres choses que les choses corporelles [5], et qui les entendaient même peut-être en un sens plus compréhensif qu'on n'a fait par la suite [6], est aisée à critiquer ; car, si on considère les droits, ils sont tous

1888, p. 45, n. 28. Elles ont depuis été admises par M. Cuq, *Institutions*, 1, p. 77 et ss. et M. Erdmann, *Z. f. vergl. Rw.*, 21, 1908, p. 12 et ss.

1. La preuve topique en est dans Gaius, 4, 17, qui dit à propos de l'action en revendication intentée par *sacramentum* : *Ex grege vel una ovis aut capra in jus adducebatur*. V. aussi Gaius, 2, 194.

2. *Familia pecuniaque* ne se trouve sûrement que dans la formule prononcée par le *familiae emptor* (Gaius, 2, 104). *Familia* tout seul dans les dispositions des XII Tables sur le droit de succession ab intestat des agnats, 5, 4, des gentils, 5, 5 ; dans les noms techniques du *familiae emptor* et de l'action *familiae erciscundae*. *Pecunia* tout seul, XII Tables, 5, 3, pour les successions testamentaires (*Auct. ad Her.*, 1, 13, et Cicéron, *De inv.*, 2, 50 : *familia pecuniaque*) : 5, 7, pour les pouvoirs du curateur. Les essais, assez divergents dans les résultats, faits par M. de Ihering, *Entwickelungsgeschichte d. römisch. Rechts*, 1894, p. 81 et ss. et par M. Cuq, pour suivre la portée distincte des deux expressions, montrent, à notre avis, précisément l'impossibilité de leur assigner un sens technique. Nous l'avons déjà vu en matière de pouvoirs du curateur du fou (p. 229, n. 3) ; nous le verrons également plus loin en matière de successions testamentaires et ab intestat.

3. Gaius, 2, 12-14. *Inst.*, 2, 2, *De reb. incorp.* Cf. A. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 315-323.

4. Les servitudes prédiales rustiques font exception, mais v. note 6.

5. Cicéron, *Top.*, 27 : *Esse ea dico quae cerni tangive possunt...*, où il conteste tout au moins la distinction, s'il ne l'ignore pas. Le mot *incorporalis* n'apparaît que chez Sénèque, *Ep.*, 58.

6. Ils considéraient sans doute les servitudes rustiques, qui ont plus tard été

incorporels, même le droit de propriété, et, si on considère leurs objets, ce n'est pas seulement la propriété qui a un objet corporel, ce sont tous les droits réels et une bonne part des obligations. Cependant cette terminologie peut s'excuser jusqu'à un certain point, en ce sens que le droit de propriété est le seul qui, absorbant toute la chose, puisse être désigné en disant qu'on a cette chose, tandis que, pour tous les autres, il faut spécifier le droit particulier qu'on a sur elle [1]. On peut aussi dire que le droit de propriété confondu avec les choses sur lesquelles il porte est le seul qui ait pour destination régulière d'être aliéné [2]. En tout cas, cette division a l'avantage de nous mettre en face d'éléments du patrimoine que nous n'avions pas encore rencontrés. En effet, le patrimoine comprend, et comprend exclusivement, à côté de la propriété de laquelle seule nous avons traité en étudiant les différentes choses corporelles : 1° des droits réels ; 2° des droits personnels, des obligations, qui y figurent même à la fois, dans l'actif, à titre de créances, et dans le passif, à titre de dettes.

Les droits réels, *jura in re* (*aliena*), diffèrent de la propriété en un point fondamental : tandis que la propriété, qui est le droit le plus absolu qu'on puisse avoir sur une chose, atteint cette chose sous tous les rapports et à tous les points de vue, les droits réels, portant sur la chose d'autrui, seulement à un point de vue et dans un but déterminé, donnent droit sur elle à leur titulaire, seulement à ce point de vue et dans ce but. C'est également vrai pour les droits civils de servitude, pour les droits prétoriens d'hypothèque et pour les droits un peu spéciaux de bail perpétuel reconnus au superficiaire, au locataire de l'*ager vectigalis* et plus tard à l'emphytéote.

Les droits personnels, les obligations, appelées créances quand on les considère du côté du créancier, dettes quand on les considère du côté du débiteur, sont avec la propriété et les droits réels dans une opposition encore bien autrement profonde. Les droits réels existent directement au profit d'une personne sur une chose : c'est pour cela qu'on les appelle *jura in re*. Les droits personnels, même quand ils tendent, comme c'est le cas le plus ordinaire, à l'obtention d'une chose (créance d'un objet déterminé, d'une somme d'argent), existent nécessairement

tenues pour des choses incorporelles, comme se confondant en quelque sorte avec la propriété du chemin sur lequel on passait, de la source où l'on puisait, etc. Et c'est pour cela que ces servitudes figuraient, avec les choses corporelles, dans la liste des choses qui pouvaient être acquises par usucapion. On pourrait même se demander s'il n'en était pas de même des personnes en puissance soumises à la revendication comme les choses corporelles. V. en sens contraire Pernice, *loc. cit.*

1. Quand on est propriétaire d'une chose, on peut dire qu'on a cette chose ; quand on a seulement sur elle un droit réel ou un droit de créance, il faut nécessairement spécifier qu'on est usufruitier, créancier.

2. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 315-316.

entre deux personnes, le créancier et le débiteur : ils sont uniquement un rapport entre deux personnes, d'où le nom de droits personnels.

Les droits réels et les droits personnels diffèrent aussi bien en droit romain qu'en droit moderne et que dans toutes les législations où la notion de leur différence s'est développée, à deux points de vue fondamentaux desquels découlent plus ou moins toutes les différences accessoires : au point de vue du droit de suite et au point de vue du droit de préférence.

1. Le droit de suite est un attribut du droit réel et non du droit de créance. La créance étant une relation entre deux personnes, le créancier ne peut pour son exécution s'adresser qu'au débiteur. Créancier du fond Cornélien, de l'esclave Stichus qui m'a été promis par une personne, je ne peux le demander qu'à cette personne, quand bien même elle n'en serait pas propriétaire, parce qu'elle m'a promis la chose d'autrui, quand bien même elle n'en serait plus propriétaire, parce qu'elle a aliéné depuis la promesse la chose qu'elle m'avait promise et dont la promesse ne l'avait pas empêchée de rester propriétaire. Tout le droit que j'ai dans un cas comme dans l'autre, c'est de m'adresser à mon débiteur qui me paiera en nature ou en valeur.

Au contraire, le droit réel porte sur la chose et il la suit partout où elle va. Le titulaire a le droit de l'invoquer à l'encontre de quiconque retient la chose sur laquelle il porte. Ayant obtenu du propriétaire d'une chose un droit d'usufruit sur cette chose, j'ai le droit d'invoquer ce droit réel non seulement contre lui, mais contre ceux au profit desquels il aliénera cette chose par la suite. Le droit réel est un droit absolu, opposable à tous, à la différence du droit personnel, simple droit relatif, uniquement opposable au débiteur.

2. Le droit réel est muni du droit de préférence ou d'exclusion, le droit personnel ne l'est pas. Quand un individu m'a promis le fonds Cornélien, cela ne l'empêche pas de faire la même promesse, de faire une autre promesse quelconque à une autre personne, et ainsi de suite indéfiniment tant qu'il trouve du crédit. Quand arrivera l'échéance, quand il faudra désintéresser les créanciers, il pourra être hors d'état de les payer tous, être insolvable. Alors la perte sera pareillement subie par tous. Le créancier premier en date n'a pas le droit d'exclure le créancier plus récent, la prérogative de lui être préféré.

Au contraire, le droit réel confère à son titulaire le droit d'exclure d'abord tous ceux qui n'ont qu'un droit de créance, ensuite tous ceux qui n'ont qu'un droit réel postérieur en date. Le droit réel quelconque, que ce soit un droit de propriété, de servitude ou d'hypothèque, n'a rien à craindre ni des créanciers, antérieurs ou postérieurs, du constituant, ni des personnes à qui il aurait postérieurement consenti des aliéna-

tions ou des constitutions de droits réels (*nemo dat quod non habet; qui prior est tempore potior est jure*)[1].

La propriété, les *jura in re aliena,* les obligations : tels sont les éléments du patrimoine. Le patrimoine d'une personne se compose activement des droits de propriété, des droits réels et des droits de créance qu'a cette personne ; il a pour passif les dettes de cette personne. Il s'augmente ou diminue, suivant la fluctuation des deux masses, sans d'ailleurs cesser juridiquement d'exister alors même que la seconde masse l'emporte sur la première. Nous l'étudierons commodément en prenant d'abord ses divers éléments isolés : propriété, droits réels, obligations, puis en cherchant comment il se transmet à cause de mort[2], et en terminant par l'examen des règles spéciales relatives aux dispositions à titre gratuit ou en faveur du mariage qu'il nous paraît didactiquement avantageux d'exposer seulement à la fin de la théorie d'ensemble du patrimoine.

1. A côté de ces deux différences fondamentales, il existe, entre les droits réels et personnels, de nombreuses autres différences qui sont en partie les conséquences de celles-là. Nous en citerons seulement trois. Les droits réels et les droits personnels diffèrent : 1° quant à leur sanction, en ce que les droits réels sont protégés par des actions réelles données *adversus quemcumque possessorem*, tandis que les droits personnels le sont par des actions personnelles ouvertes seulement contre le débiteur ; — 2° au point de vue de leurs sources, en ce qu'à Rome surtout les procédés qui servent à opérer des mutations de propriété, à constituer les droits réels sont, verrons-nous, radicalement différents de ceux qui servent à donner naissance à des créances (comme d'ailleurs de ceux qui servent à céder des créances déjà nées) ; — 3° au point de vue de leur extinction, en ce que le droit réel est, sauf exception, un droit perpétuel destiné à durer autant que son objet, tandis que le droit personnel est par essence un droit temporaire destiné à s'éteindre par un événement prévu, par le paiement, qui d'ailleurs, dans nombre de cas, n'éteindra le droit personnel de créance qu'en faisant naître un droit de propriété.

2. On trouve parfois plus logique d'étudier, après les éléments du patrimoine, ses divers modes de transmission à titre universel, où l'on peut faire rentrer non seulement la succession à cause de mort, mais la *capitis deminutio* et la *venditio bonorum*. Nous avons déjà dit le nécessaire sur la *capitis deminutio* et nous traiterons de la *venditio bonorum* en étudiant la procédure.

II. — LA PROPRIÉTÉ

CHAPITRE I. — DÉFINITION. — RESTRICTIONS. — HISTOIRE.

I. **Définition**. — La propriété est le droit réel par excellence, le plus étendu et le plus ancien de tous les droits réels. C'est la domination complète et exclusive d'une personne sur une chose corporelle (*plena in re potestas*) [1]. Les commentateurs modernes disent qu'elle entraîne positivement le droit de tout faire sur la chose et négativement le droit d'empêcher les autres de rien faire sur elle. Nos anciens auteurs en analysaient les effets dans les trois droits d'user, de jouir et de disposer (*uti*, *frui*, *abuti*) [2]. On peut ajouter que le droit du propriétaire d'agir à sa guise implique aussi celui de ne pas agir, de négliger la chose, de la laisser périr ou se détériorer faute de soins. La propriété est, sous tous ces rapports, le droit le plus absolu que l'homme puisse avoir sur une chose ; mais pourtant, même à Rome, ce droit n'est pas, quoi qu'on ait dit parfois, un droit illimité. Il comporte, même à Rome et dès l'époque la plus reculée, des restrictions.

II. **Limitations du droit de propriété** [3]. — Ces restrictions, principalement relatives aux immeubles [4], sont établies soit dans l'intérêt des voisins, soit dans l'intérêt public.

1. *Intérêt des voisins*. Pour les propriétés immobilières, qui ne sont pas comme les meubles dépourvues de situation fixe, qui ne sont que des parties artificielles du sol et qui sont en conséquence toujours plus ou moins limitrophes, le voisinage a fait apporter au droit absolu du propriétaire certaines limitations désignées aujourd'hui du nom peu heu-

1. *Inst.*, 2, 4, *De usufr.*, 4.
2. *Usus* : droit de monter le cheval, d'habiter la maison. *Fructus* : droit de percevoir les fruits de la chose, les produits de la jument, la récolte du fonds de terre. *Abusus* : droit de disposer de la chose, soit d'une manière absolue, en faisant abattre le cheval, soit d'une manière relative, en en faisant aliénation totale (transfert à autrui de la propriété du cheval, du fonds de terre) ou partielle (constitution au profit d'un tiers d'un usufruit sur le cheval, d'une servitude de passage sur le fonds de terre).
3. Cf. Puchta, *Institutionen*, § 22.
4. On peut cependant, quant aux meubles, citer tout au moins les restrictions apportées au droit du maître de maltraiter son esclave (p. 100).

reux de servitudes légales [1], qui ne portent pas de nom de ce genre à Rome, mais qui y existent déjà parfaitement, et, pour une bonne partie, dès les temps des XII Tables.

a) Le propriétaire qui laboure son champ, qui construit sur son terrain, ne doit pas atteindre, en le faisant, l'extrême limite de son héritage : il doit laisser à l'extrémité un espace de deux pieds et demi qui, joint à la bordure symétrique de l'autre fonds, ménagera un chemin de cinq pieds entre les deux (*ambitus, finis*) [2].

b) Le propriétaire d'un fonds rural doit souffrir que l'arbre du voisin surplombe sur son fonds, pourvu que ce soit à une hauteur de 15 pieds (*quindecim pedibus altius*). La règle est dans l'édit du préteur, mais elle était déjà auparavant dans les XII Tables [3].

c) Il doit aussi, d'après les XII Tables, que le droit prétorien est seulement venu renforcer, permettre à son voisin de pénétrer chez lui pour y cueillir les fruits venant du fonds voisin [4].

d) Il est encore obligé de subir les eaux qui viennent, par la pente naturelle des lieux, du fonds voisin, dont le propriétaire a contre lui, d'après les XII Tables, l'action *aquae pluviae arcendae* pour s'opposer aux travaux modificatifs du cours des eaux faits par lui sur son propre fonds [5].

e) S'il fait sur son fonds des travaux de construction ou de démolition (*opus novum solo conjunctum*), le voisin qui juge ses intérêts lésés par eux peut le mettre dans la nécessité de les arrêter jusqu'à plus ample informé, par une opposition (*operi novi nuntiatio*), qui est réglée par l'édit du préteur, mais dont l'origine paraît remonter à l'ancien droit civil [6].

f) Enfin, si sa maison menace ruine, le voisin, qui, après l'écroulement, n'aurait d'autre droit que celui de se venger sur les matériaux,

1. Le Code civil appelle parfois ces limitations du nom d'*obligations* ; il les appelle plus souvent et on les appelle d'ordinaire du nom de *servitudes légales*. Mais ce ne sont ni des obligations, ni des servitudes légales. Ce ne sont pas des obligations, des droits personnels, car elles pèsent sur tous les propriétaires de l'héritage, au lieu de se transmettre aux successeurs universels du débiteur et à eux seuls. Ce ne sont pas des servitudes prédiales, car il n'y a pas de fonds dominant et de fonds servant et on ne leur applique pas les modes d'extinction des servitudes.

2. Les deux prescriptions viennent des XII Tables (7, 1. 7, 4). Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 460 et ss., p. 518 et ss., où il soutient qu'à la différence du *confinium*, l'*ambitus* ménagé entre les deux maisons n'aurait eu que deux pieds et demi au total. Sur la disparition postérieure de l'*ambitus* et l'apparition à Rome du système de la mitoyenneté (*paries communis*), voir le même, p. 519 et ss.

3. XII Tables, 7, 9. *D.*, 43, 27, *De arb. caed.*, 1, 7. — Dans ce cas et dans le suivant, les XII Tables donnaient une action et l'édit donna un interdit.

4. XII Tables, 7, 10. *D.*, 43, 28, *De gland leg.*, 1, *pr.*

5. XII Tables, 7, 8. *D.*, 39, 3, *De aqua et aquae pluviae arcendae.*

6. *D.*, 39, 1, *De operis novi nuntiatione*. V. Olivier Martin, *Études Girard*, 1, 1913, pp. 123-169.

peut à l'avance se protéger contre ce dommage futur (*damnum infectum*) par une voie de droit qui est, à l'époque récente, la stipulation prétorienne *damni infecti*, mais qui fut auparavant une *legis actio* [1].

2. *Intérêt public*. Les limitations établies dans l'intérêt public ne sont pas moins nombreuses. Nous citerons seulement les suivantes :

a) Le propriétaire riverain d'un cours d'eau doit subir l'*usus publicus* de sa rive [2].

b) Les propriétaires dont les immeubles bordent les routes et les rues sont dans une certaine mesure astreints à leur entretien [3].

c) Des dispositions multiples, dont les plus connues sont des sénatus-consultes du temps de l'Empire défendant de démolir les maisons pour en vendre les matériaux précieux [4], ont soumis le droit de démolition des propriétaires à une autorisation administrative [5], et il semble bien qu'il y avait dans les villes des règlements obligeant les propriétaires à construire et entretenir leurs maisons suivant un certain type [6].

d) Une constitution de Gratien et de Valentinien permet, dans le dernier état du droit, à celui qui découvre un filon d'exploiter la mine malgré le propriétaire, moyennant une indemnité d'un 10e au propriétaire et d'un 10e au fisc [7].

e) Enfin l'on rencontre sinon un système général d'expropriation pour cause d'utilité publique, au moins certains cas où un particulier peut être exproprié de son bien dans un intérêt supérieur, soit contre indemnité, soit même sans indemnité. L'expropriation est imposée sans indemnité au propriétaire riverain de la voie publique détruite par les eaux ou autrement, pour la réfection de cette voie [8]. Elle l'est, moyennant indemnité, aux riverains des aqueducs pour le service de ces aqueducs, d'après les sénatus-consultes qui ont réglé la matière au début de l'Empire [9]. Elle est aussi imposée, moyennant indemnité, au profit du particulier qui

1. Gaius, 4, 31. *D.*, 39, 2, *De damno infecto*. Cf. les renvois dans Windscheid, 2, § 458.
2. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 4. Cf. p. 246.
3. V. déjà pour les routes la loi des XII Tables, 7, 7, et surtout pour les rues la loi Julia de 709, lignes 32 et ss.
4. Sénatus-consulte Hosidien du temps de Claude et sénatus-consulte Volusien de l'an 56 sur les ventes aux démolisseurs (*Textes*, pp. 132-133). Autre sénatus-consulte symétrique relatif aux legs de l'an 122, *D.*, 30, *De leg.*, *I.*, 41, 1. 8. 9.
5. V. par exemple, outre les textes cités n. 4, la loi municipale de Tarente, lignes 32 et ss., la loi de Genetiva, c. 75, et la loi de Malaca, c. 62. Cf. pour l'ensemble, Mommsen, *Dr. pénal*, 3, pp. 173-175.
6 *C.*, 8, 10, *De aedif. privat.*, notamment Zénon, 12. Le fragment de Papinien, *Textes*, p. 376, se rapporterait au même ordre d'idées, si on y maintenait avec M. Monnier, *N. R. H.*, 1895, p. 685, la négation effacée par tous les éditeurs. Dans une lettre de l'an 127, *Bull. corr. Hell.*, 11, 1887, p. 111, Hadrien ordonne de forcer un habitant d'une ville à réparer sa maison ou à la vendre.
7. *C.*, 11, 7 (6), *De Metallariis*, 3.
8. *D.*, 8, 6, *Quemadmod. serv.*, 14, 1.
9. Sénatus-consulte de 743, chez Frontin, *De aq. urb. Rom.*, 125 (*Textes*, p. 131).

n'a pas accès à une sépulture[1]. Enfin l'Etat a le droit de faire démolir des édifices dans l'intérêt public[2]. Mais il n'y a pas de preuves positives d'un droit général d'expropriation existant à son profit sur les propriétés privées[3].

III. Histoire de la propriété romaine. — Les caractères et les limites du droit de propriété romain étant ainsi indiqués, il nous faut chercher pour lui, un peu comme nous avons fait pour le droit de famille, pour la puissance paternelle, pour le mariage, quelle en a été l'histoire, quelles ont été ses origines et ses transformations.

1. *Formes premières de la propriété romaine.* Ce qui rend nécessaire de chercher quelles ont été les formes premières de la propriété romaine, c'est que sinon pour les meubles[4], au moins pour les immeubles, on rencontre, dans l'histoire du droit, à côté de la propriété que nous venons de définir, d'autres formes d'appropriation, probablement plus archaïques, dont on doit se demander si elles n'ont pas aussi existé à Rome.

La propriété individuelle du sol, telle que nous l'avons définie, n'est naturellement pas concevable chez les populations qui mènent la vie nomade, comme la plupart de celles qui vivent exclusivement de la chasse ou de l'élève du bétail, qui ne cultivent pas la terre. La seule propriété du sol dont il puisse s'agir pour elles est une propriété vague de toute la horde, de tout le clan, de toute la tribu, sur les territoires de chasse, sur les pâturages que le groupe considère comme réservés à ses membres par opposition à ceux des autres tribus, des autres clans, sans que cette propriété commune elle-même acquière jamais une très grande stabilité, à raison des déplacements fréquents qu'entraîne la vie nomade.

Mais, même chez les populations agricoles, telle qu'est la population de Rome à la fondation de la ville, on rencontre pour la propriété du sol, à côté de l'individu isolé, deux autres titulaires : un groupe large, la tribu, le clan, le village ; un groupe plus étroit, la famille. — Le premier système a pour exemple classique la communauté de village russe où la propriété immobilière individuelle n'existe que sur le petit enclos dans lequel chaque chef de famille a sa maison et son verger ; où, sans parler des prés et des pâturages communs, les terres arables appartiennent à la commune et sont périodiquement partagées en lots propor-

1. *D.*, 11, 7, *De relig.*, 12, *pr.*, d'où les anciens interprètes ont déduit le droit général d'acheter le passage en cas d'enclave.
2. V. pour l'ancien droit, Cicéron, *De off.*, 3, 16, pour le nouveau *C.*, 8, 11 (12), *De op. publ.*, 9.
3. Il ne faudrait pas, en tout cas, les chercher dans les textes relatifs aux fonds provinciaux, car le droit de l'Etat résulte là de sa propriété sur ces fonds (p. 269).
4. V. cependant sur l'appropriation collective des meubles, Kovalewsky, *Tableau des origines de la famille et de la propriété*, 1890, p. 52 et ss.

tionnels au nombre des habitants, qui sont tirés au sort entre les divers chefs de famille [1]. Il paraît aussi, en dépit des controverses, avoir fonctionné chez les Germains, dans la marche germanique du moyen âge, qui existait déjà au temps de César et de Tacite et où la terre salique (*Salzgut*), était seule en propriété privée, tandis que l'usage de la pâture et de la forêt était commun et que la terre labourable était périodiquement divisée en lots mesurés avec une corde, puis tirés au sort [2]. Il y a encore de ce système d'autres exemples plus ou moins discutés [3]. Et, d'une manière plus large, on discute encore vivement s'il faut voir là les traces d'une phase régulière de l'histoire de la propriété ou simplement des faits accidentels plus ou moins nombreux [4]. — L'autre mode d'appropriation est la copropriété familiale, dont le rapport avec la première forme est également contesté, qui, d'après les uns, est une dérivation du premier, qui, d'après d'autres, en serait au contraire l'origine et qui, en tout cas, doit en être soigneusement distinguée. Il suffira d'en citer comme exemple la Zadrouga serbe où une famille très nombreuse vivait et travaillait en commun sur le bien familial sans qu'il fût question ni d'un droit exclusif d'un des membres sur le fonds commun, ni de partage avant ou après la disparition du chef, et qui tend précisément

1. V. sur le mir russe, les nombreux auteurs cités par de Laveleye, *La propriété et ses formes primitives*, 4e édit., 1891, p. 10, n. 1. Ajoutez Kovalewsky, *Tableau*, p. 163 et ss. ; p. 182 et ss. ; cf. le même, *N. R. H.*, 1891, p. 480 et ss.

2. V. sur la marche germanique, Brunner, *Deutsche Rechtsgesch.*, 1, 2e éd., p. 81 et ss. et les auteurs cités.

3. V. par ex. pour la communauté hindoue, Sumner Maine, *Etudes sur l'histoire du droit*, 1889, pp. 137-171 ; Kohler, *Z. für vergl. R. W.*, 1887, p. 161 et ss. ; pour le droit celtique, d'Arbois de Jubainville, *Recherches sur l'origine de la propriété foncière*, 1890, p. 100 et ss. ; *Etudes sur le droit celtique*, 1, 1895, p. 118 et ss. ; pour le droit homérique, Esmein, *N. R. H.*, 1890, pp. 821-845, qui n'a pas été réfuté, à notre sens, par M. P. Guiraud, *La propriété foncière en Grèce*, 1893, p. 36 et ss., et des conclusions duquel on peut au contraire rapprocher les vues symétriques de M. Ed. Meyer, *Gesch. des Alterthums*, 2, 1893, pp. 296-302.

4. La première idée se trouve particulièrement développée dans l'ouvrage classique de M. de Laveleye, *La propriété et ses formes primitives*, dont la 4e éd., préférable aux précédentes à cause des nombreuses additions tirées de la trad. allemande, a été publiée en 1891. V. aussi P Viollet, *Bibl. de l'école des Chartes*, 33, 1872, pp. 455-504 ; Kovalewsky, *Annales de l'Institut international de sociologie*, 2, 1896, pp. 175-233. Elle a été particulièrement combattue par M. Fustel de Coulanges, qui en est arrivé à nier à peu près tous les exemples allégués de propriété collective. *Questions historiques*, 1893, pp. 17-117. V. auparavant *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1885, pp. 189-358 ; *Nouvelles recherches*, pp. 327-360 ; *L'alleu et le domaine rural*, 1889, auxquels il faut joindre la réplique probante de M. Glasson, *Les communaux et le domaine rural à l'époque franque*, 1890. C'est, à notre sens, une très forte présomption en faveur de la première idée que les exemples concrets, contestés en vertu d'une idée préconçue par Fustel de Coulanges, aient été, pour la plupart, admis d'après l'examen direct des sources par les personnes les plus compétentes dans l'histoire des peuples auxquels ils se rapportent, ainsi pour le droit germanique par M. Brunner (n. 2), pour le droit celtique par M. d'Arbois de Jubainville (n. 3), pour le droit romain par M. Mommsen (p. 267, n. 2).

aujourd'hui à se désorganiser par suite de l'introduction de ces deux idées nouvelles [1].

Or, cette orientation générale donnée, il faut, à notre avis, reconnaître que le droit romain lui-même a connu ces deux formes d'appropriation, non seulement la copropriété familiale, qui, au fond, n'y a jamais entièrement disparu, mais même la communauté du premier type, qui, si elle y a disparu de bonne heure, y a cependant certainement existé.

Il n'y a pas à insister sur le premier point. La notion de copropriété familiale, qui a laissé des traces profondes dans la langue et dans les institutions de Rome (*dominium, heredes sui*),qui peut seule expliquer le système des successions ab intestat, n'a au fond jamais complètement disparu du droit romain et elle est encore attestée par les jurisconsultes de l'époque classique [2]. Tout ce qu'il y a de vrai, c'est, d'abord, qu'elle est obscurcie par le droit des héritiers de demander le partage à la mort du chef de famille ; ensuite et surtout, qu'elle est réduite à l'état d'abstraction par l'étendue des pouvoirs du *pater familias.* Si ces deux choses n'existaient pas, la *domus* serait un exemple de copropriété familiale aussi clair que ceux du droit serbe ou du droit hindou.

Mais la société romaine n'a pas seulement connu cette propriété d'un groupe restreint, masquée par les pouvoirs du chef de famille au point d'être souvent confondue avec la propriété individuelle. Elle a connu la propriété collective du sol par tout le peuple ou par une de ses subdivisions. Il y a eu une phase postérieure à la fondation de Rome où, comme le membre du village russe, de la marche germanique, le citoyen n'était propriétaire que d'un petit clos contenant sa maison et son verger, tandis que le reste des terres était soustrait à la propriété privée. C'est la conclusion qui résulte : 1° de la langue romaine d'après laquelle la fortune primitive, consistant en troupeaux (*pecunia*), en troupeaux et en esclaves (*pecunia, familia*), était appelée des deux mots *familia pecuniaque,* tantôt séparés, tantôt réunis (p. 257, n. 2) ; 2° des formes de la mancipation et de la revendication qui ne s'appliquent parfaitement qu'à l'aliénation et à la réclamation des meubles (p. 292, n. 2, p. 342, n. 3) et qui ont donc dû se consolider à une époque où on n'aliénait et où on ne revendiquait que des meubles ; 3° enfin et surtout de la tradition incontestée selon laquelle, à l'époque la plus ancienne, chaque chef de famille n'avait comme bien propre (*heredium*) que deux arpents de terre, environ la moitié d'un hectare, petit coin de terre qui ne pouvait

1. Dareste, *Etudes*, p. 241 et ss. et les travaux cités de M. Bogisic.

2. Paul, *D.*, 28, 2, *De lib. et post.*, 11 : *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*, etc. — Cf. sur les vestiges de propriété familiale, Garsonnet, *Hist. des locations perpétuelles*, 1879, pp. 70-74.

suffire à nourrir lui et les siens, qui ne pouvait être qu'un petit clos analogue à celui du paysan russe ou du Franc Salien, à côté duquel il devait donc y avoir non seulement des bois et des pâturages publics, mais des terres arables communes [1].

Donc, à côté des deux arpents de chaque *pater familias*, de chaque *domus*, il devait y avoir des terres arables communes à un groupe plus large, soit à tout le peuple, soit peut-être plutôt à la *gens* [2], qui constituait à l'origine, dans l'ensemble du peuple, un groupe attaché à un certain lieu, assez analogue au village russe ou germanique, et nous trouvons ainsi à Rome une organisation primitive très analogue à celle du village russe ou de la marche germaine. Quant au moment où cette forme de propriété fut supplantée par la propriété individuelle, il ne peut être déterminé avec certitude. Cependant, si l'on admet la doctrine, incontestable à notre sens, selon laquelle les tribus foncières ne comprennent que des terres susceptibles de propriété privée [3], et si l'on voit par conséquent dans les quatre tribus urbaines le territoire occupé par

1. Varron, *De r. r.*, 1, 10, 2. Pline, *N. H.*, 13, 2, 7, et les autres textes cités par Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 24, n. 3. C'est l'argument le plus décisif : on a tenté de l'écarter en essayant soit d'augmenter le rendement des deux arpents, soit de restreindre les besoins de la famille ; mais il est à peu près impossible d'admettre que les deux *jugera* aient pu nourrir une famille. Les agronomes nous apprennent qu'on semait à Rome cinq boisseaux de froment par arpent, soit dix pour deux arpents, en négligeant même l'emplacement de la maison, et qu'ils produisaient le quintuple, soit 50 boisseaux, dont il faut déduire la réserve nécessaire aux semailles ; cela donne pour produit net 40 boisseaux, qu'on n'obtient que tous les deux ans, parce qu'on laissait reposer la terre un an : en résumé donc, pour la consommation annuelle d'une famille, composée en moyenne de quatre personnes, 20 boisseaux, 5 boisseaux par tête ; or la consommation annuelle d'un esclave est, d'après Caton, *De r. r.*, 56, de 51 boisseaux, donc du décuple. Cf. Mommsen, *Hist. rom.*, 1, p. 252, n. 1.

2. M. Mommsen qui avait d'abord penché pour la première idée, *Hist. rom.*, 1, p. 250 et s., se prononce pour la seconde, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 26 et ss. (Quoique publiée après la publication de la partie correspondante du *Dr. publ.*, la polémique de M. Fustel de Coulanges, *Questions historiques*, p. 83, se réfère exclusivement à l'exposition de l'*Histoire romaine*). V. encore en un sens un peu distinct P. Guiraud, *Revue des Etudes anciennes*, 6, 1904, pp. 221-255. — Il revient au même, nous semble-t-il, de déclarer avec nous, que la propriété privée n'existe pas à l'origine de Rome, sauf pour les deux arpents qui constituent l'*heredium*, ou de déclarer, avec M. Beaudouin, *La limitation des fonds de terre*, 1894, p. 259 et ss., qu'elle existe dès l'origine de Rome, mais seulement pour l'*heredium*, à côté duquel, reconnaît M. Beaudouin, p. 292 et ss., il existe d'autres terres soustraites à l'appropriation privée. Il n'y a là qu'une différence de terminologie. Nous préférons celle suivie au texte parce qu'elle nous paraît faire mieux ressortir la symétrie des institutions primitives de Rome et de celles des peuples chez lesquels, à raison des mêmes faits, on reconnaît ou on conteste l'absence de propriété individuelle des terres.

3. V. en ce sens Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 184 et ss. Nous ne pouvons insister ici sur la théorie, très délicate et intimement liée à l'histoire de la propriété privée, de la diffusion des tribus réelles. V. outre Mommsen, *loc. cit.*, Kubitschek, *De origine ac propagatione tribuum Romanarum*, 1882. *Imperium Romanum tributim descriptum*, 1889.

les *heredia* de deux arpents assignés aux premiers citoyens [1], la transformation des terres arables des *gentes* en terres privées doit, nous semble-t-il, évidemment être rattachée à la création des seize premières tribus rustiques, portant des noms de *gentes* [2], qu'une tradition, d'ailleurs très faiblement appuyée, place en l'an 257, qui peut avoir eu lieu à une autre date ou même en plusieurs fois [3]. Elle est accomplie à l'époque des XII Tables qui appliquent l'usucapion non seulement à l'*heredium*, mais au *fundus* [4].

2. *Evolution de la propriété romaine.* Dès les XII Tables, la propriété romaine est, aussi bien pour les immeubles que pour les meubles, une propriété privée individuelle. Mais ce n'est pas encore la propriété moderne, accessible à toute personne, applicable à toute chose, transmissible par un simple accord de volontés. Comme la puissance paternelle, comme le mariage, comme la tutelle, la propriété est à Rome une institution du droit civil. La propriété quiritaire (*dominium ex jure quiritium*) ne peut appartenir qu'à un propriétaire romain ; elle ne peut porter que sur une chose romaine ; elle ne peut être transmise que par un mode romain : trois règles qui ont à peu près disparu sous Justinien et qui sont déjà bien atteintes à l'époque classique, mais dont nous devons exposer la portée première et l'effacement progressif.

a) La propriété romaine supposait, à l'origine, un propriétaire romain. L'étranger qui n'a pas de personnalité ne peut avoir de droit de propriété. A la vérité, de très bonne heure, dès la fondation de Rome, peut-on dire, il y a eu des traités concédant par exception à certains non-citoyens, aux Latins, le droit d'être propriétaires à Rome (*jus commercii*, p. 112). Mais cette faveur n'a pas été étendue aux autres peuples avec qui on fit des traités, aux autres populations conquises. Les pérégrins qu'on ne réduisit pas en esclavage et auxquels on laissa tout ou partie de leurs biens n'obtinrent pas pour cela sur ces biens la propriété romaine, et ils n'avaient par conséquent pas non plus pour les réclamer l'action civile en revendication qui est la sanction du droit de propriété civile. Leur propriété désignée, par opposition au *dominium ex jure quiritium*, du nom de *dominium* tout court (*dominium ex jure gentium* des commentateurs), a eu besoin d'être protégée après coup par des moyens différents assez mal connus. Seulement ces moyens avaient sans doute, dès le temps de la procédure formulaire, à peu près la même efficacité que les moyens civils, et ils se sont sans doute confondus avec eux sous le système extraordinaire, où la question a d'ailleurs été

1. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 183.
2. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 188-191.
3. V. Tite-Live, 2, 21, 7. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 186, n. 3.
4. XII Tables, 6, 3.

presque complètement supprimée par la raréfaction des pérégrins (p. 119).

b) La propriété romaine exige ensuite un objet romain, susceptible de propriété quiritaire. Et cela n'exclut pas seulement, comme il est d'évidence, les choses qui sont entre les mains de l'ennemi. Cela exclut peut-être anciennement les *rec nec mancipi* (p. 256). Cela exclut certainement et surtout les immeubles conquis. Les meubles, qui sont moins importants, qui n'ont pas de situation propre, peuvent devenir romains, quand ils passent aux mains de citoyens ; mais le sol étranger n'acquiert pas par la conquête la condition de sol romain susceptible de propriété romaine. Rome a bien étendu cette condition au sol de l'Italie, mais non pas à celui des provinces. Elle ne reconnaît pas au sol provincial l'aptitude à la propriété quiritaire, ou plus exactement, en vertu de la doctrine à laquelle elle s'est arrêtée après quelques tâtonnements dès la fin de la République [1], elle prétend seule en être propriétaire : elle laisse aux indigènes et à leurs ayants cause la possession et la jouissance des immeubles qu'elle ne confisque pas, mais elle garde sur eux le domaine éminent [2].

C'est là le fondement de la condition des fonds provinciaux qui diffèrent des fonds italiques, en droit public, en ce qu'ils sont soumis à l'impôt [3], en droit privé, en ce que leurs possesseurs n'ont sur eux, au lieu du droit de propriété sanctionné par la revendication, qu'une propriété inférieure désignée des noms vagues de jouissance et de possession [4] et sanctionnée seulement par des moyens spéciaux [5], mais qui peuvent être relevés de leur double infériorité par une décision de l'empereur accordant à la cité dans le territoire de laquelle ils se trouvent la condition des fonds italiques, le *jus Italicum* [6]. La distinction des deux espèces de fonds, de plus en plus effacée, en droit public, par l'exten-

1. V. à ce sujet Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 366-375. Beaudouin, *Limitation des fonds de terre*, 1894, p. 114 et ss.

2. Gaius, 2, 7 : *In provinciali solo... dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur* et la conclusion qu'il en tire en matière de *res religiosae* (2, 7) et de *res sacrae* (2, 8).

3. L'impôt se distingue en *stipendium* ou en *tributum*, selon que les provinces sont des provinces du peuple ou de l'empereur. Gaius, 2, 21. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 5, p. 402 et ss.

4. *Possessio et usufructus* : Gaius, 2, 7 (n. 2). Frontin, *De controv.*, ed. Lachmann, p. 36. Paraphrase des *Inst.*, 2, 1, 40. *Habere possidere frui licere* : loi agraire de 643, lignes 50. 52. 82 rapprochées des lignes 32.40.

5. Nous retrouverons plus loin ces moyens. Cf. le relevé des textes relatifs aux fonds provinciaux donné par M. Erman, *Z. S. St.*, 11, 1890, p. 271, n. 2.

6. Sur le *jus Italicum*, v. Th. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 456-460. Beaudouin, *Limitation des fonds de terre*, p. 111 et ss., et les renvois. Des listes de cités ayant le *jus Italicum* sont données par Pline, *N. H.*, 3, 3, 25. 3, 21, 139 et au *D.*, 50, 15, *De censibus*, 1 ; 6 ; 7 ; 8. Il est superflu de réfuter l'opinion ancienne selon laquelle le *jus Italicum* serait une condition des personnes et non pas des biens.

sion de l'impôt à l'Italie et, en droit privé, par la disparition de la procédure formulaire, a été abolie par Justinien [1].

c) Enfin, à l'origine, la propriété romaine ne peut s'acquérir que par un procédé romain. Il n'y a de propriété civile que celle qui a été acquise par un mode civil. Suivant la doctrine que nous croyons commandée par toute la physionomie de l'ancien droit, la propriété ne peut par exemple anciennement être transmise d'une personne à une autre ni par un accord de volontés, ni par une simple remise de la chose exécutant cet accord de volontés, par une tradition. Il faut pour sa transmission l'emploi d'un procédé déterminé par la loi civile, ainsi une mancipation. Et les choses *nec mancipi* elles-mêmes n'étaient sans doute pas soustraites à la règle, soit qu'on ait exigé pour elles l'emploi de la mancipation, soit plutôt qu'on ne les ait pas considérées comme susceptibles de propriété civile [2].

Mais, d'assez bonne heure, on a admis que la tradition ferait acquérir aux Romains la propriété quiritaire des choses *nec mancipi*, que sur ces choses la propriété civile serait acquise par un mode de droit des gens [3]. C'était une première brèche faite au système par le droit civil lui-même. Le droit prétorien en fit une seconde.

Le Romain qui avait reçu simple tradition d'une *res mancipi* en devenait dès les temps les plus reculés propriétaire quiritaire par une possession prolongée durant un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles. C'était l'usucapion où il acquérait cette chose par l'usage (*usu capiebat*). Mais il n'y avait pas là d'exception, car l'usucapion est un mode d'acquérir du droit civil. Seulement le droit prétorien partit de là pour introduire une exception nouvelle, pour protéger à l'égal d'un propriétaire dès le moment de la tradition, celui qui avait reçu simple tradition d'une *res mancipi* et qui ne devait donc en devenir propriétaire que s'il la gardait jusqu'à l'expiration du délai [4].

Le préteur a escompté le délai en protégeant dès auparavant cet acquéreur par des moyens de procédure, en lui donnant, pour réclamer la chose, s'il ne l'a pas, une action prétorienne dans laquelle il triomphera précisément en prouvant qu'il serait propriétaire si le délai était expiré et, pour la conserver, s'il l'a, une exception (action Publicienne, *excep-*

1. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 40 : *Vocantur... stipendiaria et tributaria praedia, quae in provinciis sunt, inter quae nec non Italica praedia, ex nostra constitutione* (*C.*, 7, 31, *De usuc. transf.*, 1) *nulla differentia est.*

2. Nous prenons comme exemple la tradition, qui est le mode pratique d'aliénation volontaire ; mais on verra que nous n'admettons pas davantage que la propriété quiritaire pût s'acquérir à l'origine par les autres modes du droit des gens.

3. Ici encore ce que nous disons de la tradition est vrai de tous les autres modes du droit des gens ; mais à l'inverse nous n'admettons pas que la réforme se soit plus appliquée aux choses *mancipi* pour eux que pour la tradition.

4. Gaius, 2, 40. 41.

tio rei venditae et traditae, exceptio doli mali). C'est la propriété prétorienne (*rem in bonis habere*)[1], qu'il ne faut pas confondre avec la propriété des pérégrins, ni avec la propriété des fonds provinciaux, qui porte sur une chose romaine, au profit d'un Romain et qui se transformera en propriété civile à l'expiration du délai de l'usucapion, mais qui n'est pas immédiatement une propriété civile, parce qu'elle n'a été créée que par un mode prétorien. Celui qui a fait seulement tradition de la *res mancipi* en reste propriétaire civil jusqu'à l'expiration du délai de l'usucapion ; car la tradition est un mode de droit des gens impuissant à transférer la propriété civile des *res mancipi*. Mais celui qui a reçu la tradition, comme, d'une manière plus large, celui qui a acquis par un mode non reconnu par le droit civil et reconnu par le préteur, a immédiatement la propriété prétorienne : il a la chose *in bonis*. Et c'est lui qui, sauf quelques réserves insignifiantes[2], a tous les avantages de la propriété[3], en face du propriétaire civil, pourvu seulement d'un titre nu (*nudum jus quiritium*) destiné à disparaître inévitablement au terme de l'usucapion.

Le dualisme subsista pendant toute la période classique. Mais les modes prétoriens, qui étaient aussi efficaces et d'un maniement plus facile, devaient finir par prendre le dessus. Même pour les *res mancipi*, on cessa de recourir aux modes civils d'aliéner et par suite la distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi* tomba en désuétude. Justinien ne fit que sanctionner l'état de fait dans deux constitutions dont l'une supprima le *nudum jus quiritium* et l'autre la distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi*[4].

Il nous reste, après cet aperçu d'ensemble, à étudier, dans leur développement historique, les modes d'acquérir la propriété, ses causes d'extinction et les voies de droit qui la protègent. Mais nous devrons auparavant nous expliquer sur la théorie de la possession qui intervient à des points de vue divers dans la solution des trois questions[5].

1. Modestin, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 52 : *Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus*. Les autres cas principaux de propriété prétorienne sont, en laissant de côté l'acquisition, à titre universel du *bonorum emptor* et du *bonorum possessor*, l'adjudication faite dans un *judicium imperio continens* (p. 321), la *missio ex secundo decreto* (p. 321), et la *ductio jussu praetoris* (p. 321).

2. Le propriétaire prétorien ne peut lui-même transférer que la propriété prétorienne, et par suite il ne peut léguer la chose *per vindicationem* (Ulpien, *Reg.*, 24,7) ; de plus, en affranchissant l'esclave, il n'en fait qu'un Latin Junien (Ulpien, *Reg.*, 1, 16).

3. C'est le propriétaire prétorien qui acquiert les fruits de la chose et qui a le droit d'en disposer utilement ; en particulier, quand la double propriété porte sur un esclave, c'est lui, et non le propriétaire quiritaire, qui acquiert par l'esclave (Gaius, 3, 166 ; Ulpien, *Reg.*, 19, 20) et qui est considéré comme ayant la *potestas* sur l'esclave (Gaius, 1, 54).

4. *C.*, 7, 25, *De nudo ex jure quiritium tollendo* ; 7, 31, *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*.

5. Il ne serait pas nécessaire d'étudier la possession avant la propriété, en tant

CHAPITRE II. — LA POSSESSION [1].

§ 1. — Possession. — Détention. — Fondement de la protection possessoire.

La possession est, dans une terminologie moderne dont il y a déjà des vestiges à Rome, l'exercice d'un droit manifesté par des actes matériels, par des signes extérieurs, et, en ce sens, elle peut s'appliquer à tous les droits possibles [2]. Dans la notion romaine pure, elle est exclusivement relative au droit de propriété. C'est, a-t-on dit, la matérialité de la propriété, le pouvoir de fait sur la chose sur laquelle la propriété est le pouvoir de droit. C'est l'exercice de la propriété manifesté par des signes extérieurs, un fait matériel et volontaire analysé d'ordinaire en deux éléments, un élément matériel, qu'on appelle le *corpus*, et un élément intentionnel, que les textes appellent l'*animus*, qu'on a pris l'habitude d'appeler l'*animus domini*, en y voyant l'intention de se comporter en propriétaire, qui pourtant, d'après une doctrine récente, serait seulement l'intention de posséder [3]. Or ce fait est générateur de conséquences juri-

qu'elle est la *source* d'un droit, du droit aux interdits. Mais ce qui rend indispensable de l'étudier ici, c'est qu'elle peut aussi figurer comme *condition* de l'acquisition d'un droit, dans des actes juridiques que nous aurons à étudier dans la théorie de l'acquisition de la propriété : occupation, tradition, usucapion, et comme *objet* d'un droit, dans des actions que nous aurons à étudier comme sanction du droit de propriété, ainsi dans l'action en revendication, dans l'action publicienne, etc.

1. *D.*, 41, 2, *De adq. vel amitt. poss.* La théorie de la possession a été dominée, pendant la plus grande partie du XIXe siècle, par les idées émises par Savigny, dans son *Traité de la possession* (1re édit., 1803 ; tr. fr., 1866). Mais cela n'a pas empêché les problèmes soulevés par la possession de provoquer une littérature d'une étonnante abondance et certaines doctrines de Savigny de finir par soulever de vigoureuses contestations, en tête desquelles il faut signaler celles de Ihering (*Fondement de la protection possessoire*, 1865 ; *Rôle de la volonté dans la possession*, 1891 ; *Œuvres choisies*, 2, 1893, pp. 213-263). Voir une bibliographie plus étendue, dans Saleilles, *Eléments constitutifs de la possession*, 1894, et une exposition brève et précise des principales doctrines dans Esmein, *N. R. H.*, 1877, pp. 489-500. Ajouter la notice posthume de Windscheid, *Lehrbuch*, 1, 9e éd., 1890, p. 737 et ss.

2. C'est ainsi qu'on parle aujourd'hui de possession d'une créance, de possession d'un usufruit, de possession d'état. Comme exemples de la pénétration de la même idée à Rome, on peut citer, en dehors de la théorie de la quasi-possession, que nous retrouverons, l'édit de Claude de l'an 46 (*Textes*, p. 189) qui parle de la possession de la qualité de citoyen (*cum longa usurpatione in possessionem ejus fuisse dicatur*) et la *possessio libertatis* qui, prolongée de bonne foi pendant vingt ans, rend l'esclave libre en droit récent (*C.*, 7, 22 ; p. 122, n. 3).

3. L'idée de l'*animus domini* est une des assises du système de Savigny ; elle a surtout été attaquée résolument dans le livre de de Ihering sur le *Rôle de la volonté*, dont les conclusions adoptées plus ou moins complètement en Allemagne par M. Baron, *Iahrbücher* de Ihering, 29, pp. 192-247, et M. Salkowski, *Inst.*, p. 219, et au dehors par M. Saleilles, *Eléments constitutifs*, M. Vermond, *Théorie de la possession*, 1895, et M. Cornil, *Traité de la possession*, 1905, se concilient certainement mieux, sous certains rapports, avec les textes (v. par ex. pp. 277, n. 2 ; 281, n. 2 ; 282, n. 1), mais se heurtent aussi à quelques difficultés (v. par ex. p. 279, n. 1). Il ne sera peut-être pas inutile de remarquer que le terme *animus domini* ne se trouve pas dans un seul texte, pas même dans la paraphrase

diques. Le possesseur est, en sa seule qualité de possesseur, protégé par les interdits [1].

On comprendrait aisément que cette protection fût accordée au propriétaire. Ce qu'il y a de surprenant, c'est qu'elle s'applique au fait même de la possession. La protection des interdits, qui ne s'applique qu'aux choses susceptibles de propriété, — ce qui exclut les choses incorporelles, non seulement les créances, mais les droits d'usufruit, de servitude prédiale [2], — qui n'appartient qu'aux personnes susceptibles de propriété, — ce qui écarte les esclaves et, avant l'introduction des pécules castrens et quasi-castrens, les fils de famille [3], — n'est pas attachée à la propriété. Elle est attachée à la possession.

On distingue en cette matière, précisément selon qu'ils ont ou non les interdits, les *possesseurs* proprement dits (dont la condition est désignée dans les textes en général par le mot *possessio* tout court et parfois, au moins sous Justinien, par l'expression *possessio civilis* [4] et chez le interprètes modernes par les noms de possession *ad interdicta*, de possession proprement dite, de possession juridique) et les *détenteurs* (pour lesquels les textes emploient les expressions *possessio naturalis*, *detinere*, *in possessione esse*, d'où les expressions modernes : possession naturelle, possession corporelle, détention), et on place même entre eux, comme catégorie intermédiaire, ceux dont la possession est vicieuse, entachée d'un vice en face d'une certaine personne (*possessio vitiosa*, *injusta*) par exemple celui qui en a dépouillé un autre par violence et qui est protégé par les interdits contre tout le monde, sauf contre la personne en face de qui existe le vice.

des Institutes où ψυχὴ δεσπόζοντος doit être traduit *animus dominantis* et non *animus domini*.

1. Paul, *D.*, 43, 17, *Uti poss.*, 2 : *Justa an injusta adversus ceteros possessio sit in hoc interdicto nihil refert* : *qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est plus juris habet, quam ille qui non possidet.* — C'est à cause de cette protection que la possession, tout en étant un fait (*factum possessionis*), entraîne cependant un droit (*jus possessionis*).

2. Paul, *D.*, 41, 2, *De A. vel A. P.*, 3, *pr.* : *Possideri autem possunt, quae sunt corporalia*. Cf. *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 4, 26. On ne peut pas non plus posséder les choses hors du commerce (*D., h. t.,* 30, 1) ni, sauf une exception pour l'*homo liber bona fide serviens*, les personnes libres (*D.*, *h. t.,* 23, 2).

3. Papinien, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 49, 1 : *Qui in aliena potestate sunt rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt.*

4. D'après les études les plus récentes sur la terminologie de l'époque classique (P. Bonfante, *R. it. sc. j.*, 16, 1893, pp. 181-214, et *Istituzioni*, p. 337, n. 1 ; Riccobono, *Z. S. St.*, 31, 1910, pp. 321-371 ; Albertario, *B. Ist. D. R.*, 27, 1915, pp. 275-295), *possessio civilis* n'y désigne jamais la *possessio ad interdicta*. En dehors de l'opposition de la *possessio justa* et de la *possessio injusta* ou *vitiosa*, on distingue alors seulement trois termes : la *possessio naturalis*, qui est la détention, la *possessio* tout court qui est la *possessio ad interdicta*, et la *possessio civilis*, qui est la possession appuyée sur une juste cause et sanctionnée par une action, comme est la possession du propriétaire sanctionnée par la revendication, comme est la possession *ad usucapionem* sanctionnée par l'action Publicienne.

Or, en laissant de côté la catégorie intermédiaire, la première catégorie ne comprend pas seulement celui qui se comporte en maître sur une chose et qui l'est en effet, le propriétaire en possession de sa chose. Elle comprend en outre celui qui se comporte en maître sur une chose en s'en croyant propriétaire, le possesseur de bonne foi, et même celui qui se comporte en maître sur une chose en sachant qu'il n'en est pas propriétaire, le possesseur de mauvaise foi, fût-il un voleur. Elle comprend de plus certaines personnes, qui entendent conserver la chose tout en n'ayant même pas la prétention de s'arroger la propriété : ainsi le créancier gagiste auquel la chose a été donnée en sûreté de sa créance ; ainsi le séquestre, qui est une sorte de dépositaire ; ainsi le précariste, qui est une sorte d'emprunteur ; ainsi probablement l'emphytéote et le locataire de l'*ager vectigalis*, qui sont des locataires à long terme [1]. — En revanche, on place dans la seconde catégorie le locataire ordinaire à la différence de l'emphytéote, le dépositaire à la différence du séquestre, le commodataire à la différence du précariste, en disant qu'ils ne possèdent pas pour eux, mais pour le locateur, le déposant, le commodant, auxquels seuls appartiennent les interdits, en disant qu'ils possèdent *alieno nomine* [2].

Il faut donc essayer d'expliquer pourquoi, parmi les dernières personnes, les unes sont des possesseurs ayant les interdits et les autres des détenteurs ne les ayant pas. Il faut expliquer surtout pourquoi la protection des interdits est accordée non seulement au propriétaire et, si l'on veut, à ses ayants cause, mais à des individus sans droit, comme le possesseur non propriétaire, même à des individus indignes de toute sympathie, comme le possesseur de mauvaise foi qui a les interdits à l'encontre de tout le monde, comme l'usurpateur avec violence qui les a contre tout le monde excepté contre la personne dépouillée violemment. Les deux points sont discutés entre les interprètes en vertu de discordances dont le germe remonte peut-être en partie à des hésitations ou à des dissentiments des jurisconsultes romains [3].

1. Créancier gagiste : *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 16 ; séquestre : *D.*, 16, 3, *Depos.*, 17, 1 ; précariste : *D.*, 43, 26, *De prec.*, 4, 1. Il n'en est pas autrement, en dépit de quelques contestations, du locataire de l'*ager vectigalis*, plus tard remplacé par l'emphytéote (*D.*, 2, 8, *Quid satisd.*, 15, 1).

2. Gaius, 4, 153. Cf. Celse, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 18, *pr.*

3. Cette idée a déjà été indiquée par M. Bekker, *Recht des Besitzes bei den Römern*, 1880. Elle a depuis été suivie dans le détail par M. Klein, *Sachbesitz und Ersitzung*, 1891, qui a même tenté, sans succès à notre sens, de ramener les divergences des textes à un dissentiment fondamental des Proculiens et des Sabiniens. M. de Ihering lui-même est obligé, pour asseoir son système, d'admettre une conception divergente chez Paul. Il est bien à croire aussi que les jurisconsultes romains ne sont pas arrivés dès le début à une distinction arrêtée et réfléchie de la possession et de la détention. V. par exemple *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 3, 23, la confusion faite entre les deux par Q. Mucius Scaevola. Cf. les vestiges de confusions analogues relevés par Cuq, *N. R. H.*, 1894, p. 39 et ss. et par A. Pernice,

1. Quant à la répartition arbitraire de certaines personnes qui n'ont ni ne prétendent avoir la propriété, entre les possesseurs et les détenteurs, il y a deux systèmes déterminés par des notions différentes de l'*animus*. Selon la doctrine classique, l'*animus* exigé pour la possession étant l'*animus domini*, tous ces personnages, aussi bien le séquestre que le dépositaire, le créancier gagiste que le précariste, sont des possesseurs *alieno nomine*, des ministres de la possession d'autrui et aucun d'eux ne devrait avoir les interdits, mais on a fait une exception de faveur pour certains auxquels le véritable possesseur a cédé sa possession et qui ont par suite les interdits en vertu de cette *possession dérivée*. Suivant l'autre doctrine, dans laquelle l'*animus* est simplement l'intention de garder la chose, tous ces personnages ou à peu près devraient posséder en leur nom propre et l'exception a au contraire consisté à réduire, pour des raisons d'intérêt pratique, certains d'entre eux au rôle de détenteurs privés et interdits [1].

2. Le grand problème est de savoir pourquoi la possession est protégée non seulement chez le propriétaire, mais chez le tiers qui ne l'est pas et qui même sait ne pas l'être. Il y a encore sur ce point une quantité de systèmes parmi lesquels nous signalerons seulement les deux principaux [2].

Zeitschrift für Handelsrecht, 22, 1877, p. 426 et ss. C'est un point qui ne peut, croyons-nous, être contesté par aucun système et qui se concilie à peu près également avec tous, mais en particulier avec ceux qui considèrent la théorie comme s'étant développée empiriquement sous le coup de besoins pratiques.

1. C'est de Savigny que vient le système de la possession dérivée. Il présente des défectuosités dont certaines ont été relevées depuis longtemps. Ainsi, l'idée de représentation, d'intention de posséder pour autrui n'est pas également vraie chez tous les détenteurs : si, par exemple, elle l'est chez le dépositaire, elle ne l'est pas chez le fermier, qui entend parfaitement posséder la chose dans son intérêt propre. Ainsi encore les prétendues exceptions, qui ne sont pas beaucoup moins nombreuses que les applications de la règle, dont certaines comme le précaire et le bail à long terme sont peut-être aussi anciennes que les applications corrélatives telles que le commodat et le bail ordinaire, ne sont jamais signalées comme des exceptions. Ainsi enfin le droit de concéder de la sorte la possession à quelqu'un qui n'a pas l'*animus* ne va pas sans difficulté. Mais, tout en signalant les cas dérivés comme le côté faible de la théorie ou même en les négligeant plus ou moins, on n'avait pas proposé, pour les expliquer, de doctrine différente avant le livre de de Ihering sur le *Rôle de la volonté* qui les considère précisément comme une application de l'idée, selon laquelle, sauf dans quelques textes de Paul, la possession exige seulement la puissance physique et la volonté de l'exercer et qui voit l'exception non pas dans la concession de la possession aux prétendus possesseurs dérivés, mais dans son refus aux commodataires et aux locataires et fermiers. Sur les raisons pratiques (faculté d'expulsion ; facilité plus grande de vendre) qui ont, selon de Ihering, motivé le refus de la possession aux fermiers et aux locataires à l'exemple de ce qui existait pour les personnes en puissance, v. ses développements, p. 104 et ss. Cf. Cuq, *N. R. H.*, 1886, p. 48 et ss. Pernice, *Z. S. St.*, 17, 1896, p. 201.

2. Le premier système est celui de Savigny. Le second a été développé par de Ihering, *Fondement de la protection possessoire*. M. Pernice, *Z. S. St.*, 17, 1896, pp. 199-202, évite à la vérité une partie des objections dirigées contre le système de Savigny, en considérant les interdits possessoires, — et d'ailleurs tous les in-

Dans la doctrine qui a été, depuis le début du XIXe siècle, la doctrine dominante, les interdits donnés au possesseur seraient des actions pénales établies dans un but de police, dans l'intérêt de la paix et du bon ordre pour empêcher les gens de se faire justice à eux-mêmes. Celui qui trouble la possession d'autrui en voulant reprendre sa chose sans jugement commet contre le possesseur un délit que les interdits sont destinés à réprimer.

Mais ce système, selon lequel les interdits auraient donc été créés au profit des usurpateurs contre les propriétaires, paraît de plus en plus abandonné pour un autre système, préférable à notre sens, d'après lequel, tout en pouvant accidentellement profiter aux non-propriétaires, ils ont été établis par le préteur dans l'intérêt des propriétaires, afin de leur faciliter le recouvrement de leur propriété, afin de les dispenser de la preuve difficile de la propriété, toutes les fois que la chose est sortie de leurs mains en dehors de leur volonté. Le but n'a pu être atteint qu'en accordant la même protection aux non-propriétaires, même aux voleurs. C'est un désavantage qui est la contre-partie inévitable de l'avantage obtenu par la simplification de preuve. Mais la simplification a été faite dans l'intérêt des propriétaires qui statistiquement sont les possesseurs les plus habituels, au lieu d'être faite, comme le veut l'autre système, au profit des non-propriétaires [1]. Et c'est pour cela que la protection possessoire, ouvrage avancé de la propriété, destinée à dispenser le plus souvent le propriétaire de recourir à l'arme moins commode de l'action en revendication, est accordée seulement dans les cas où la propriété est possible, n'intervient ni au profit des personnes qui ne sont pas susceptibles de propriété, comme les fils de famille, ni relativement aux choses qui ne sont pas susceptibles de propriété, comme les choses incorporelles. C'est aussi explicable en partant de l'idée de protection de la propriété que ce le serait peu en partant de l'idée de répression de la justice privée.

Il nous reste à voir quels sont les interdits par lesquels la possession est ainsi protégée. Mais nous devons dire auparavant comment elle s'acquiert et comment elle se perd.

terdits, — non pas comme des actions nées de délits, mais comme des mesures de police.

1. C'est ainsi, dit M. de Ihering, que les titres au porteur, établis dans l'intérêt des créanciers, pour leur rendre la négociation de leurs créances plus facile, peuvent par là même en rendre aussi la négociation plus facile aux voleurs, mais pourtant ont été établis dans l'intérêt des créanciers et non dans celui des voleurs. A la vérité il n'eût pas été très malaisé d'exclure les voleurs de la protection, par exemple en ne protégeant que la possession *justa*, ou en ne donnant les interdits qu'à celui qui ne possède pas *injuria* (Pernice, *Zeitschrift für Handelsrecht*, 22, 1877, p. 427). Mais peut-être est-il permis de répondre que toute exigence de cette espèce eût, en compliquant la preuve de l'interdit, diminué forcément son efficacité.

§ 2. — Acquisition de la possession.

On peut acquérir la possession par soi-même ou par l'intermédiaire d'autrui.

I. Acquisition de la possession par soi-même. — La possession consistant dans l'assujettissement matériel d'une chose à notre volonté, il faudra, pour son acquisition, que la volonté se manifeste par un acte d'appréhension, qu'il y ait à la fois chez son acquéreur l'*animus* et le *corpus* sans la réunion desquels il n'y a pas de possession [1].

L'*animus* sera l'intention de se comporter en propriétaire, d'après la doctrine traditionnelle, simplement celle de s'emparer de la chose, d'après la doctrine nouvelle opposée, qui trouve même en cette matière quelques-uns des textes qui lui sont le plus favorables [2]. Mais il faut remarquer que la controverse est hors de cause et que les décisions seront les mêmes, dans les deux systèmes, pour les cas les plus nombreux. Ainsi par exemple il est certain, dans tous les systèmes, que la possession ne sera pas acquise, quand la volonté fera défaut, soit parce que l'individu n'est pas capable de vouloir, soit parce qu'il y a une erreur exclusive de volonté [3], et il est certain, à l'inverse, que l'*animus* peut commencer à exister à un moment différent du *corpus*, soit avant, soit après, pourvu que l'un vienne se joindre à l'autre à un moment quelconque [4].

Quant au *corpus*, il peut consister dans l'appréhension matérielle d'un meuble, dans l'installation matérielle de la personne sur un immeuble. C'est la forme la plus matérielle de l'entrée en possession, celle par suite qui a dû être admise la première [5] ; mais ce n'est pas la seule. La possession est acquise par là même qu'on se comporte sur la chose de la manière dont on se comporterait sur elle si on en acquérait la propriété, dit une formule, par là même qu'on acquiert la possibilité actuelle et directe d'agir sur elle à son gré, dit une autre formule, à notre avis moins sûre [6].

1. Paul, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 3, 1 : *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo neque per se corpore.*

2. Nous citerons seulement les deux plus frappants. D'après *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 44, 4, le fils de famille, devenu *paterfamilias* à son insu, possède pour lui-même ; cependant il ne peut avoir l'*animus domini*, puisqu'il se croit incapable d'être propriétaire. D'après *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 21, celui qui reçoit à titre de louage sa propre chose interrompt la possession du locateur, donc acquiert la possession, quoiqu'il ne sache pas du tout que la chose est à lui, qu'il n'ait pas l'*animus domini*, mais tout au contraire l'intention d'être locataire.

3. *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 1, 3, pour le premier point ; 34, *pr.*, pour le second.

4. Ainsi la possession sera acquise par la jonction du *corpus* à l'*animus*, quand on porte chez moi pendant mon absence un objet que j'avais commandé d'y porter, par la jonction de l'*animus* au *corpus*, quand, étant détenteur comme locataire, je conviens de devenir propriétaire par donation.

5. C'est le point de vue dont Labéon paraît encore partir, au moins en règle générale (*D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 51, rapproché de *D.*, 10, 4, *Ad Exh.*, 15).

6. *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 3, 1. Je deviens possesseur d'un meuble, quand

II. Acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui [1]. — L'acquisition de la possession devait, d'après les principes généraux, être permise, dans l'ancien droit, par l'intermédiaire des personnes en puissance, mais non pas par celui des personnes étrangères, des *extraneae personae* [2]. Au contraire, le droit classique admit que la possession pourrait s'acquérir *per extraneam personam*. La réforme ne fut peut-être pas faite d'un coup. Elle a peut-être été admise d'abord pour les *procuratores* qui étaient, dans la notion technique première, des espèces de factotums chargés de l'administration générale des biens d'une personne, ainsi d'anciens esclaves restés les intendants de leurs maîtres après leur affranchissement. Neratius, le premier auteur qui admette l'acquisition de la possession *per extraneam personam*, ne l'admet peut-être encore, au début du IIe siècle, que pour eux et les tuteurs [3]. En revanche, à la fin du IIe siècle, la règle est posée en termes très généraux, comme s'appliquant à toutes les *extraneae personae*, non seulement aux tuteurs et aux curateurs, mais aux mandataires généraux, aux mandataires spéciaux, même aux gérants d'affaires [4]. Seulement la représentation n'est pas également admise pour les deux termes de la possession : elle s'applique en règle au *corpus*, uniquement par exception à l'*animus*.

Quant au *corpus*, je peux acquérir la possession *animo meo, corpore alieno*. C'est ce qui se produit quand j'acquiers une chose et qu'au lieu de m'être remise à moi-même, elle est remise à mon esclave, à mon locataire, à mon mandataire. Je deviens possesseur *corpore servi vel conductoris vel procuratoris* et, comme l'*animus* peut précéder ou suivre le *corpus*, il faut appliquer cette règle, quand un mandataire, même général, acquiert pour moi une chose, car son *corpus* se joint à mon *animus* [5], et en sens inverse, quand un individu sans mandat, un gérant d'affaires a reçu la possession pour moi et que je ratifie ensuite sa

mon vendeur le met sur mon ordre dans ma maison, dès avant mon retour ; d'un immeuble, dès avant d'y avoir mis les pieds, de la fenêtre de l'appartement d'où je le vois et où se conclut le marché : deux exemples donnés par Celse, *D.*, *h. t.*, 18, 2, et dont le premier notamment s'accorde moins bien avec la seconde formule qu'avec la première.

1. Cf. Schlossmann, *Besitzerwerb durch Dritte*, 1881 ; Mitteis, *Stellvertretung*, 1885, p. 51 et ss. ; Lenel, *Jahrbücher* de Ihering, 36, 1896, pp. 42-112. S. Solazzi, *Memorie dell'Ac. di Modena*, 1911.

2. Gaius, 2, 89. 90, nous apprend même qu'on se demandait de son temps si on pouvait acquérir la possession par les personnes *in manu* et *in mancipio* parce qu'on ne les possédait pas elles-mêmes.

3. *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 13.

4. Gaius, 2, 95, indique encore la question comme controversée. Une constitution de 196 de Sévère et Caracalla, *C.*. 7, 32, *De A. et R. P.*, 1, la signale comme tranchée. Cf. Modestin, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 53.

5. *Inst.*, 2, 9, *Per quas pers.*, 5 : *Per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem.* Certains interprètes restreignent cette solution au cas de mandat spécial.

gestion, car alors mon *animus* vient se joindre à son *corpus*[1]. C'est ce qui se produit ensuite, quand un individu qui possède pour lui-même consent à posséder désormais pour moi à titre de dépositaire, de locataire. Il pourrait me remettre la chose que je lui remettrai ensuite en dépôt, en location. Au lieu de cela, il suffira entre nous d'un arrangement, d'une convention dans laquelle cet individu déclarera me faire tradition et tenir de moi. Ce jeu de volontés, sans aucun déplacement matériel, fera passer la possession sur ma tête. J'acquiers alors la possession *animo meo corpore alieno*, par le *corpus* de ce personnage qui va désormais posséder pour moi au lieu de posséder pour lui, qui *constituit se possessorem pro me* (constitut possessoire)[2].

Pour l'*animus* il n'y a pas, en principe, de représentation possible. On indique plusieurs exceptions. Mais la seule bien nette[3] et très remarquable est relative aux tuteurs et curateurs, qui peuvent, après la réforme, acquérir la possession aux personnes en tutelle et en curatelle à l'insu de ces dernières. D'après les anciens principes, il n'y avait pas d'acquisition de la possession pour le compte de l'incapable de possible par son tuteur. Par exemple, la possession n'aurait pu être acquise qu'en faisant agir l'impubère quand il était sorti de l'*infantia* et qu'il était capable de rendre sa condition meilleure. Elle n'aurait pu être acquise d'aucune façon pour un *infans*, pour un *furiosus*, pour une personne

1. *D.*, *h. t.*, 42, 1. — La seule difficulté qui puisse se produire est relative au cas où le personnage n'aurait pas l'intention d'acquérir la possession pour moi. Cela ne m'empêche pas de l'acquérir, quand ce personnage est un fils de famille ou un esclave qui fait une acquisition pour son pécule (n. 3) et il devrait en être de même dans tous les cas, dans le système de de Ihering ; mais, sur ce point, les textes ne lui sont pas absolument favorables. Il invoque bien un texte d'Ulpien, *D.*, 39, 5, *De Donat.*, 13, qui admet l'acquisition de la possession pour un cas, celui où, quelqu'un voulant me remettre une chose, j'ai chargé un tiers de la recevoir. J'acquerrai la possession par ce tiers, quelles que soient ses intentions, d'après Ulpien. Mais Julien, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 37, 6, dit que si ce tiers n'a pas l'intention d'acquérir pour moi, il n'y aura rien de fait, et il y avait probablement une controverse entre les jurisconsultes, car le texte d'Ulpien se réfère visiblement à celui de Julien. Il ne faudrait d'ailleurs pas confondre ces cas avec celui où mon mandataire, ayant traité en son nom, reçoit la chose en son nom sauf à me la transmettre ensuite et où c'est lui qui devient possesseur (*D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 59, *pr. C.*, 7, 10, *De his*, 2). Cf. des distinctions différentes dans le travail de Lenel cité, p. 278, n. 1.

2. Ce nouveau progrès, conséquence du premier, paraît avoir été réalisé par Celse, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 18, *pr.* : *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio*. Cf. Ulpien, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 77. V. cependant de Ihering, *Rôle de la volonté*, p. 183 et ss.

3. On signale encore comme exceptions : 1° la règle, citée par Papinien, *D.*, *h. t.*, 44, 1, comme une disposition de faveur, en vertu de laquelle l'esclave ou le fils de famille qui acquiert pour son pécule rend le *paterfamilias* possesseur, même à son insu ; 2° celle d'après laquelle le mandataire acquiert pour le maître, même à son insu (p. 278, n. 5). Mais il n'y a pas là, nous semble-t-il, véritable acquisition *animo alieno* : la disposition de faveur, admise dans un but d'utilité pratique, consiste alors simplement à admettre que l'*animus* peut être préventif.

morale. On paraît avoir d'abord pensé, pour l'*infans*, à un remède très bizarre et très illogique, consistant à le faire agir avec l'*auctoritas tutoris*[1]. Mais ce remède critiquable, inapplicable aux fous et aux personnes morales, fut remplacé, à l'époque où la représentation fut admise, par l'exception large, en vertu de laquelle les tuteurs, les curateurs et les administrateurs des personnes morales peuvent représenter les incapables dont les intérêts leur sont confiés, non seulement quant au *corpus*, mais quant à l'*animus*. Et cette représentation, applicable à la fois au *corpus* et à l'*animus*, paraît avoir été admise pour eux aussitôt que celle, applicable seulement au *corpus*, des procurateurs[2].

§ 3. — Perte de la possession.

La possession exigeant, dans son existence et dans son acquisition, deux éléments, un élément matériel et un élément intellectuel, sa perte peut aussi naturellement se rattacher à l'un ou à l'autre. Mais nous retrouvons encore ici des dissentiments entre les interprètes.

Suivant une doctrine qui s'appuie sur un texte célèbre de Paul[3], la possession se perd non pas par la perte de l'*animus* ou du *corpus*, mais par un *animus* ou un *corpus* contraire, lorsque *utrumque in contrarium actum est*, c'est-à-dire par la volonté de ne plus posséder ou par un obstacle matériel empêchant de posséder. Mais la formule de Paul, qui ne se retrouve dans aucun autre auteur, se concilie très mal avec les décisions concrètes des textes, et nous croyons plus exact le système opposé selon lequel la possession subsiste, tant que le possesseur se comporte en face de la chose comme ferait un maître, mais disparaît quand, volontairement ou non, il cesse de se comporter comme le ferait ce maître, ce qui peut d'ailleurs se produire soit *animo*, soit *corpore*, soit *animo* et *corpore*.

La possession subsiste tant que le possesseur se comporte en face de la chose comme un maître, quand bien même il cesserait momentanément d'être en contact avec elle, quand bien même il ne songerait pas toujours à elle. Ainsi, par exemple, je ne perds pas la possession d'un animal domestique ou apprivoisé, parce qu'il s'absente de chez moi, tant qu'il a l'habitude d'y revenir ; celle d'un animal sauvage, parce qu'il s'échappe, si je suis à même de le reprendre ; celle d'une chose

1. Paul, *D., h. t.*, 32, 2, qui prouve que ce fut là le premier procédé employé en donnant la raison, devenue fausse de son temps, que sans cela il n'y aurait aucun procédé pour faire acquérir la possession à l'*infans*. L'expédient est illogique, en ce que l'*auctoritas* : 1° ne peut en règle être donnée aux *infantes* ; 2° s'applique aux actes qui rendent la condition pire et non à ceux qui la rendent meilleure.

2. Neratius, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 13.

3. *D., h. t.*, 8 = *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 153 : *Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

tombée dans un fleuve, si je la retire aussitôt [1]. De même la possession d'un fonds de terre n'est pas perdue, parce que le propriétaire s'écarte du fonds, ni même parce qu'il reste assez longtemps sans y venir, si cela s'explique par la nature des lieux, si par exemple il s'agit de fonds qu'on n'utilise que dans une saison (*saltus aestivi hybernique*) [2]. Il y a même plus : le possesseur ne sera pas dépouillé de la possession de son immeuble parce qu'un tiers se sera pendant son absence installé sur ce bien à son insu (*clam*), s'il l'expulse dès qu'il apprend la chose [3] ; car, dans tous ces cas, il se comporte en face de la chose comme ferait un maître.

Mais la possession se perd quand, soit volontairement, soit involontairement, il ne se comporte plus sur la chose comme ferait un maître : 1° *corpore*, quand, par sa faute ou non, il ne fait pas acte de maître. Ainsi pour la chose tombée dans le fleuve, quand il ne la retire pas aussitôt ; pour l'animal échappé, quand il ne le reprend pas ; pour les animaux domestiques, s'ils perdent l'esprit de retour (mais non pour les esclaves fugitifs, d'après une disposition d'ordre empirique du droit classique) [4]. Ainsi encore pour les fonds de terre que le maître a laissés vacants par négligence, dont il a été longtemps absent [5]. Ainsi enfin pour le fonds de terre dont il a été dépouillé violemment, ce qui comprend le cas où le fonds a été occupé pendant son absence et où à son retour il essaie vainement de le reprendre : il est, malgré sa volonté, dépouillé alors de l'élément matériel de la possession ; il la perd alors et alors seulement [6]. Il perd aussi la possession au même moment, si, par crainte ou autrement, il omet de la reprendre [7] ; mais alors il la perd plutôt, à notre sens, *animo et corpore* ; — 2° *animo*, par la volonté de ne plus posséder, qui, la volonté de posséder se continuant jusqu'à nouvel ordre, implique une manifestation contraire de volonté et ne peut par exemple en conséquence se produire chez les incapables [8] ; — 3° *animo et corpore* quand le possesseur remet la chose à un tiers et aussi, à notre sens, quand il l'abandonne (n. 7), enfin et surtout quand il meurt [9].

Telles sont les règles sur la conservation et la perte de la possession,

1. *D.*, *h. t.*, 13, et les observations de M. de Ihering, *Fondement de la protection possessoire*, p. 197 et ss.
2. *D.*, *h. t.*, 3, 11. Ainsi par exemple il restera possesseur des pâturages alpestres, bien qu'il passe tout l'hiver sans y pénétrer, et que même les neiges et les glaces rendent impossible de le faire ; ce qui devrait cependant être un *contrarius actus*, d'après la formule de Paul suivie par Savigny.
3. *D.*, *h. t.*, 6, 1.
4. Gaius, *D.*, *h. t.*, 15. Paul, *Sent.*, 2, 31, 37.
5. *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 37, 1, solution très contraire à la doctrine de Savigny.
6. *D.*, *h. t.*, 6, 1.
7. *D.*, *h. t.*, 7.
8. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 17, 1 : *Possessio recedit ut quisque constituit nolle possidere.* Le fou n'étant pas susceptible de volonté et le pupille n'étant pas capable de rendre sa condition pire, ils ne pourront pas cesser de posséder *animo*, mais seulement *corpore* (*D.*, *h. t.*, 27 ; 29).
9. Javolenus, *D.*, *h. t.*, 23, *pr.*

quand le possesseur possédait par lui-même, réunissait en lui l'*animus* et le *corpus*. Il resterait à voir comment elles se modifient quand il possède par l'intermédiaire d'autrui : d'une personne en puissance, d'un fermier, d'un dépositaire, etc. La perte de la possession peut alors se réaliser dans la personne du possesseur, d'abord s'il ne veut plus posséder, qu'il veuille abandonner la possession ou la transmettre à autrui ; puis s'il vient à mourir. Mais elle peut aussi se produire dans la personne du détenteur, et c'est le cas pour lequel il y a le plus de distinctions à faire.

Il est certain que la possession ne disparaît pas par la folie ni par la mort du détenteur, à moins que le possesseur ne néglige trop longtemps de faire réoccuper la chose par une autre personne[1]. A l'inverse, il est certain qu'il la perd quand la chose est appréhendée par une autre personne, sauf la distinction entre les meubles pour lesquels la perte est immédiate et les immeubles pour lesquels elle ne date que de la connaissance que le détenteur a de l'usurpation sans la faire cesser[2]. Enfin il est encore certain qu'il ne peut par sa simple volonté s'arroger la possession à lui-même en entendant désormais posséder *pro se* au lieu de posséder *pro alio* (*nemo causam possessionis sibi mutare potest*)[3] : il lui faudra pour cela un acte extérieur par lequel il intervertira son titre et qui d'ailleurs pourra être très divers. Au contraire il y a des difficultés sur le point de savoir ce qui arrive au cas où il abandonne la possession et à celui où il veut la transférer à un tiers[4].

§ 4. — Interdits possessoires.

L'effet de la possession est de donner au possesseur les interdits pos-

1. Africain, *D.*, *h. t.*, 40, 1, solution très contraire à la doctrine de Savigny, selon laquelle le possesseur, n'ayant pas perdu la possession par la mort du détenteur, devrait la conserver indéfiniment, jusqu'à un *contrarius actus* quelconque.
2. *D.*, *h. t.*, 44, 2 ; 46. *D.*, 43, 16, *De vi*, 1, 22.
3. *D.*, *h. t.*, 19, 1. Cf. de Ihering, p. 303 et ss. et, en dernier lieu, Schlossmann, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 13-49.
4. Pour le cas où le possesseur *pro alio* veut tranférer la possession à un tiers, la possession est, en droit classique, tranférée au tiers, comme au cas d'occupation par ce tiers, sauf, peut-être, cette réserve qu'en matière d'immeubles, elle serait perdue seulement au moment où le possesseur aurait connu l'usurpation sans la faire cesser. Quant à l'autre cas, la question de savoir si l'abandon de la chose par le détenteur faisait immédiatement perdre la possession à celui qui possédait par son intermédiaire était certainement controversée en droit classique. Il la gardait jusqu'à ce que la chose fût en fait occupée par quelqu'un, d'après Papinien, *D.*, *h. t.*, 44, 2, d'après Paul, *D.*, *h. t.*, 3, 8, et déjà d'après Proculus, *D.*, 4, 3, *De dolo*, 31. Mais il la perdait définitivement, d'après une autre doctrine admise notamment par Julien chez Africain, *D.*, *h. t.*, 40, 1, d'après lequel ce n'est pas alors la même chose (*aliud*) qu'au cas de mort, et par Pomponius, *D.*, *h. t.*, 31, selon lequel la possession n'est pas perdue si le fermier s'absente *non deserendae possessionis causa*. Justinien, *C.*, 7, 32, *De A. et R. P.*, 12, décida que la possession ne serait pas perdue dans ce cas, ni, semble-t-il, dans le précédent. Il est vrai qu'il déclare trancher la controverse qui n'existait que pour le second ; mais, d'autre part, il parle à la fois du cas où le détenteur *dereliquerit* et de celui où *alii prodiderit*. Cf. sur tous ces points, Dernburg-Sokolowski, 1, § 147, et Windscheid, 1, § 157.

sessoires. C'est là la différence essentielle entre la possession et la détention. Les détenteurs ne sont pas, quoi qu'on ait dit parfois, dépourvus de toute protection. Les détenteurs ont tous, en réalité, le moyen qui réprime toutes les atteintes à la personnalité, l'action d'injures. Ils peuvent en outre, selon leur qualité particulière, avoir des moyens propres, même des interdits : par exemple, le fermier d'un *locus publicus*, l'interdit *de loco publico fruendo* ; par exemple, le fermier ordinaire, l'interdit *quod vi aut clam*, donné à raison de toute modification à l'état d'un immeuble (*opus in solo factum*) accomplie contre la volonté ou à l'insu d'un intéressé qui se trouve lésé [1]. Mais aucun détenteur n'a les interdits possessoires.

Les interdits possessoires sont, comme tous les interdits, des ordres du magistrat ; sous la procédure formulaire, des ordres conditionnels rendus par le magistrat sans vérification des faits et après la prononciation desquels on plaide précisément pour savoir si on est ou non dans le cas visé par eux. Nous retrouverons plus loin leur procédure. Il faut seulement indiquer ici comment ils interviennent pour protéger la possession. Il en existe deux catégories [2] : les interdits *retinendae possessionis*, destinés à faire maintenir dans une possession dans laquelle on est troublé, et les interdits *recuperandae possessionis*, destinés à faire recouvrer une possession de laquelle on a été dépouillé.

I. **Interdits *retinendae possessionis*** [3]. — Les interdits *retinendae possessionis* sont, pour les meubles, l'interdit *utrubi*, pour les immeubles, l'interdit *uti possidetis*, ainsi désignés l'un et l'autre des premiers mots de la formule prononcée par le magistrat en les rendant. Ils sont signalés par des témoignages concordants comme ayant été introduits dans le but de régler la possession contestée entre deux personnes sur le point de plaider l'une contre l'autre [4] ; et l'existence de l'interdit

1. *D.*, 43, 24, *Quod vi*, 16, *pr. D.*, 47, 10, *De injur.*, 5, 2. 4. Cf. de Ihering, *Actio injuriarum*, tr. fr., p. 95 et ss.

2. C'est, à tort, à notre sens, que M. de Ihering classe en outre, *Fondement de la protection possessoire*, p. 61 et ss., les interdits *adipiscendae possessionis* parmi les interdits possessoires.

3. Cf. Ubbelohde, dans Glück, série des livres 43 et 44, 5, 1896.

4. Gaius, 4, 148. *Inst.*, 4, 15, *De int.*, 4. *D.*, 43, 17, *U. P.*, 1, 2. 3. On a cependant soutenu, soit pour les interdits *recuperandae* et *retinendae possessionis* en général (Savigny, *Possession*, § 120. Dernburg, *Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes*, 1883). soit en particulier pour les interdits *recuperandae possessionis* (Cuq, *N. R. H.*, 1894, p. 22 et ss.), qu'ils auraient été d'abord établis pour la protection de l'*ager publicus*. V. en sens contraire Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 313 et ss. ; de Ihering, *Rôle de la volonté*, p. 107, n. 53. D'abord les contestations sur les terres publiques n'étaient pas anciennement des affaires civiles concernant l'autorité judiciaire, mais des affaires administratives concernant les censeurs, et, à leur défaut, les consuls, ou, à leur défaut, les préteurs, agissant en la même qualité (Mommsen, *Dr. publ.*, 4, pp. 156. 159 ; p. 153, n. 3). Ensuite la meilleure preuve que la jouissance des terres publiques n'était pas protégée par les interdits possessoires et notamment par l'interdit *uti possidetis* est que, lorsque, en

utrubi, auquel l'interdit *uti possidetis* ne doit pas être postérieur, paraît connue de Plate au milieu du VI[e] siècle [1].

1. L'interdit *uti possidetis* a pour formule dans l'édit de Julien : *Uti nunc eas aedes, quibus de agitur nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* [2]. Dans une formule plus archaïque, il portait, en deux propositions distinctes : *Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto* [3]. Et il a sans doute eu auparavant une formule plus brève où il contenait seulement les deux dispositions : *Uti nunc possidetis eum fundum, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto*, sans la clause intercalaire de la première phrase [4].

Il résulte de la formule de l'interdit que c'est un interdit double, c'est-à-dire un interdit où chacun des deux plaideurs est demandeur, se prétend possesseur. Et c'est précisément pour cela qu'il sert, notamment entre gens sur le point d'entamer un procès pétitoire, à faire reconnaître à qui doit être maintenue la possession. Il aura alors pour effet de faire maintenir la possession à celui qui l'avait au moment où il a été prononcé [5]. — Mais, depuis que la formule de l'interdit contient la clause *nec vi nec clam nec precario* (*exceptio vitiosae possessionis*), qui paraît y avoir été insérée de très bonne heure [6], il n'en sera ainsi que si le possesseur n'avait pas acquis la possession à titre de précaire ou par violence ou à l'insu de l'autre partie [7] ; au cas contraire, le possesseur ne

vertu d'un système de délégation dont il y a d'autres exemples, le préteur fut chargé de rendre des interdits relatifs aux terres publiques, il en fit pour cela un spécial, l'interdit *de loco publico fruendo* (*D.*, 43, 9). On objecte que ce dernier est fait pour le fermier des terres publiques ; mais si les interdits ordinaires avaient été faits pour le premier occupant, ils auraient dû, à plus forte raison, appartenir au fermier.

1. Plaute, *Stichus* (représenté en 554), 5, 4, 14 : Sagar. : *Nunc uter utrubi adcumbamus*. Stich. : *Abi tu sane superior* : 5, 5, 9. Stephanium : *Utrubi adcumbo*. Sagar. : *Utrubi tu vis*. Steph. : *Cum ambobus volo : nam ambos amo*. Toutes les présomptions portent à croire la protection de la possession des immeubles assurée par l'interdit *uti possidetis* encore plus ancienne. — Il ne faudrait d'ailleurs pas partir de cette antiquité des interdits pour dire qu'ils n'ont pu, à cette époque, être établis afin de donner au demandeur à l'action réelle un avantage qui ne lui appartient que depuis la procédure formulaire ; v. en sens contraire, p. 345.

2. *D.*, 43, 17, *Uti possidetis*, 1, *pr.* avec l'addition de *nunc* commandée par Gaius, 4.160.150 et Paul, *Sent.*, 5, 6, 1.

3. Festus, v° *Possessio*.

4. Ainsi que l'a démontré M. Klein, *Sachbesitz und Ersitzung*, pp. 101-106, dont la doctrine a été suivie par M. Cuq, *N. R. H.*, p. 25 et ss., la clause a dû être insérée dans l'interdit pour échapper à la discordance qu'il y aurait eu entre un interdit prescrivant de posséder comme on possédait au moment de sa délivrance (*uti nunc possidetis... possideatis*) et un autre interdit rendu ensuite entre les mêmes personnes prescrivant de restituer (*unde vi dejecisti... restituas* par exemple).

5. *D. h. t.*, 1, 2. 3.

6. Térence, *Eun.*, 2, 3, 27 : *Hance tu mihi vel vi vel clam vel precario fac tradas*, paraît bien y faire allusion en 593.

7. *D.*, *h. t.*, 3, *pr.* : *Si a me possides, superior sum interdicto*. V. en ce sens Kar-

triomphera pas et il devra même, croyons-nous, quoique le point soit discuté, être condamné, ce qui fait que l'interdit avait là une seconde fonction, servant à faire recouvrer la possession à l'autre partie au lieu de la faire garder au possesseur, et ce que plusieurs auteurs paraissent avoir justifié théoriquement par l'idée qu'en pareil cas les plaideurs possèdent tous deux, l'un à l'égard de tout le monde sauf à l'égard de celui en face de qui sa possession est vicieuse et ce dernier seulement à l'encontre du premier [1]. — Enfin l'interdit *uti possidetis* paraît avoir acquis postérieurement une troisième fonction, pour un cas où il sert bien à protéger la possession, mais sans qu'elle soit contestée entre deux personnes. C'est pour celui où une personne est incontestablement en possession, et où elle est troublée dans cette possession par un autre, qui par exemple l'empêche de bâtir ou qui pénètre malgré elle sur son fonds. On a fini par admettre qu'elle peut recourir à l'interdit qui devrait logiquement être alors rédigé au simple [2].

2. L'interdit *utrubi* intervenait au cas de conflit relatif à la possession d'une chose mobilière. Sa formule, qui a sans doute passé par les mêmes phases que celle de l'interdit *uti possidetis*, portait probablement dans l'édit de Julien : *Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem majore parte hujus anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto* [3]. Il est double comme lui et régi par les mêmes règles, sauf que le possesseur qui y triomphe n'est pas le possesseur actuel, mais celui qui a possédé le plus longtemps dans le cours de la dernière année [4] : ce qui le rend récupératoire à un nouveau point de vue. Cette différence a disparu sous Justinien [5].

II. **Interdits *recuperandae possessionis*.** — Les interdits *recuperandae possessionis*, que l'on trouve pour la première fois mentionnés po-

lowa, *R. R. G.*, 2, p. 344 et ss. Dernburg-Sokolowoki, 1, § 150, n. 12-13 ; en sens contraire, Windscheid, 1, § 159, n. 10, et les auteurs cités.

1. Sabinus, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 3, 5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, *pr.* Cf. A. Pernice, *Labeo*, 2. 1, p. 415 et ss.

2. L'admission de l'interdit même contre celui qui ne se prétend pas possesseur n'est guère douteuse (*D.*, *h. t.*, 3, 2-4). Le point douteux est de savoir en quelle mesure cela modifiait la procédure ou même la forme de l'interdit. V. par exemple au premier point de vue, Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 327, qui rapporte à un changement de procédure Gaius, 4, 166, et, au second, Baron, *Institutionen*, § 106, qui admet un interdit simple auquel il rapporte le singulier *ab illo possides* de *D.*, *h. t.*, 1, 5.

3. Formule restituée par J. Partsch, *Formules de procédure civile romaine*, Genève, 1909, n° 22, pp. 18-21, à l'aide d'Ulpien, *D.*, 43, 31, *Utrubi*, 1. de Gaius, 4, 160. 150 et des sources byzantines. Restitution légèrement différente dans Lenel, *Edictum*, § 254.

4. Gaius, 4, 152. Sur la façon dont le possesseur peut, pour le calcul de l'*annus retrorsus*, joindre à sa possession celle de son auteur, v. Gaius, 4, 151 et les nombreux textes transportés dans les compilations de Justinien de cette matière à celle de l'usucapion (cf. p. 319, n. 3 ; ajouter Javolenus, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 21, 2 = Lenel, 114, avec le commentaire *Z. S. St.*, 8, 1887, pp. 198-202).

5. *Inst.*, 4, 15, *De interdict.*, 4 a.

sitivement dans des textes du temps de Cicéron, qui sont d'après les uns antérieurs et d'après les autres postérieurs aux interdits *retinendae possessionis*, qui, à notre sens, ont tout au moins été inventés avant l'époque très ancienne où l'*exceptio vitiosae possessionis* fut introduite dans ces derniers [1], sont en nombre discuté. Ils comprennent certainement l'interdit *unde vi*, peut-être l'interdit *de precario*, dont l'existence n'est pas douteuse, mais dont le caractère d'interdit récupératoire est contesté, peut-être enfin un troisième interdit, dont l'existence même est contestée, l'interdit *de clandestina possessione*.

1. L'interdit *unde vi* [2], sur l'application duquel a été prononcé le plaidoyer de Cicéron *Pro Caecina*, en 685 environ, ne s'appliquait qu'aux immeubles et se divisait en droit classique en deux catégories : l'interdit *de vi cottidiana* et l'interdit *de vi armata*. — La formule du premier est, dans l'édit de Julien : *Unde in hoc anno tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit, cum ille possideret quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.* Il fait recouvrer la possession et des dommages-intérêts à celui qui en a été dépouillé violemment depuis moins d'un an par le défendeur, ses esclaves ou son procurateur, à moins pourtant qu'il n'ait acquis lui-même *vi clam aut precario ab adversario*. L'interdit *de vi armata* intervenait, quand, au lieu de violence simple, il y avait eu dépouillement *vi hominibus coactis armatisve* ; on supprimait alors dans la formule les mots *in hoc anno* et *cum ille possideret quod nec vi nec clam nec precario a te possideret* : ce qui fait que le demandeur y triomphait même s'il était dépossédé depuis plus d'un an et même si sa possession était vicieuse à l'égard de l'adversaire, mais non, quoiqu'on ait peut-être d'abord hésité sur ce point, s'il n'était qu'un détenteur [3]. — Dans le droit de Justinien, il n'y a plus qu'un interdit *de vi* qui suit les règles de la *vis cottidiana* sauf la suppression de l'*exceptio vitiosae possessionis* [4].

2. L'interdit *de precario* a pour formule : *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas* [5]. On a contesté qu'il fût un interdit récupératoire, parce que, d'après cette formule, il est donné même au concédant à précaire qui ne possédait pas au moment de la concession ; mais d'autres ont répondu que, si le concédant n'était pas possesseur auparavant, il le

1. C'est la conséquence nécessaire du système que nous avons admis sur l'origine de cette clause (p. 284, n. 4). V., en dehors de là, sur la question, Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 320 et ss. et les auteurs cités.

2. *D.*, 43, 16, *Unde vi*. Cicéron, *Pro Tull.*, 19. *Pro Caecina*, 19. 30-32. Cf. Keller, *Semestria ad Ciceronem*, 1, 1842, p. 275 et ss. Lenel, *Ed.*, § 245.

3. Cicéron, *Pro Caec.*, 31, 90, cherche à le soutenir ; mais c'est précisément pour combattre cette conclusion qu'Ulpien spécifie qu'on ne considère comme *dejectus* que celui *qui possidet*, *D.*, *h. t.*, 1, 23.

4. *Inst.*, 4, 15, *De interdict.*, 6.

5. *D.*, 43, 26, *De precario*, 2, *pr.*

devient au moment où le précariste acquiert la possession, en vertu des principes sur la possession vicieuse (p. 285, n. 1).

Cet interdit est donné à l'auteur d'une concession révocable *ad nutum*, qui n'était pas anciennement génératrice d'une obligation de restitution parce qu'elle avait lieu, dit-on, alors entre patron et client, qui fut peut-être faite plus tard aux affranchis et aux fils émancipés et qui intervient plus tard encore dans d'autres fonctions [1]. Cette convention a été, à l'époque récente, sanctionnée par des actions. Elle l'a été auparavant par notre interdit qui tend à la restitution de la chose et à la réparation du préjudice causé par le dol du précariste auquel on a fini par assimiler sa faute lourde [2].

3. Enfin on admet souvent un dernier interdit récupératoire qui aurait existé sous la République pour permettre de réclamer le fonds occupé clandestinement et qui serait tombé en désuétude sous l'Empire à cause des principes admis alors sur la conservation de la possession des immeubles usurpés à l'insu du possesseur (p. 281, n. 3). Son existence est moins appuyée par les textes que par les vraisemblances générales [3].

Ces trois interdits récupératoires soulèvent la question commune de savoir à quoi ils servent en présence de la clause corrélative des interdits *retinendae possessionis*, plus avantageux en ce qu'ils font peut-être considérer la possession comme ininterrompue [4] et procurent certains bénéfices de procédure. On peut, pour tous, répondre qu'ils ont probablement été créés avant l'insertion de cette clause et que même depuis ils ont l'avantage de passer aux héritiers. On peut ajouter que l'interdit *uti possidetis* n'est donné que contre celui qui possède encore au moment de sa délivrance, tandis que l'interdit *unde vi* est donné contre l'auteur de la dépossession violente, fût-il dépossédé, et que l'interdit *de precario* l'est au moins contre celui qui a cessé de posséder par dol ; ensuite, que l'interdit *uti possidetis* fera seulement recouvrer l'immeuble, tandis que l'interdit *unde vi* permet de réclamer en outre les meubles qui le garnissaient et les fruits.

1. Cf. de Ihering, *Rôle de la volonté*, pp. 331-360.
2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 3, où l'extension à la faute lourde vient sans doute d'une interpolation.
3. Le seul texte à peu près est *D.*, 10, 3, *Com. div.*, 7, 5 : *Si clam dicatur possidere... de clandestina possessione competere interdictum (Julianus) inquit*, qui pourrait s'entendre de l'*exceptio vitiosae possessionis* de l'interdit *uti possidetis*. Mais, si on admet l'idée indiquée, p. 284, n. 4, le chef de cette *exceptio* relatif à la possession clandestine ne peut y avoir passé que d'un interdit indépendant dont il est destiné à écarter l'exercice futur.
4. En ce sens, Accarias, 2, n° 972. En sens contraire, Appleton, *Propriété prétorienne*, 1, 1889, n° 208.

CHAPITRE III. — ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ [1].

Les interprètes modernes divisent, en partie après les jurisconsultes romains, les modes d'acquérir à de nombreux points de vue. — Ainsi l'on oppose aux modes du droit des gens les modes du droit civil, qui ne sont accessibles qu'aux citoyens, qui ne sont applicables qu'aux choses romaines et qui probablement faisaient seuls acquérir autrefois la propriété civile entre citoyens et pour les choses romaines (p. 270) ; aux modes du droit civil, entendus dans un nouveau sens, les modes de droit prétorien (p. 270). — Ainsi on divise les uns et les autres en modes originaires ou dérivés, selon qu'ils font acquérir une propriété ne venant de personne, et par suite nécessairement libre de toute charge, ou une propriété venant d'autrui sur laquelle on doit subir les droits réels établis du chef des propriétaires antérieurs. Parmi les modes dérivés, on distingue les modes d'aliénation volontaires ou conventionnels, qui transfèrent la propriété en vertu d'un accord de volontés, du consentement de l'ancien propriétaire, et les modes non volontaires ou forcés, qui la transfèrent sans son aveu ; les modes universels, qui portent sur tout ou partie d'un patrimoine, y compris les créances, mais à la charge des dettes, et les modes particuliers, portant sur des choses isolées, qui ne peuvent transporter les créances, mais qui n'entraînent pas d'obligation aux dettes. — On sépare encore les modes d'acquérir entre vifs des modes d'acquérir à cause de mort, où l'acquisition, soit à titre universel (hérédité), soit à titre particulier (legs, fidéicommis particulier, donation à cause de mort), dépend du décès d'une personne. Ne nous occupant ici que des modes entre vifs à titre particulier, nous étudierons successivement les acquisitions qui résultent de modes dérivés volontaires, de modes dérivés non volontaires et de modes originaires ; seulement nous dirons auparavant quelques mots des acquisitions où l'on tient non pas des particuliers, mais de l'État [2].

1. *D.*, 41, 1, *De adquirendo rerum dominio*. Cf. Czyhlarz, dans Glück, série des livres 41 et 42, 1, 1887.

2. Il est assez habituel chez nous de passer en revue, d'abord les modes originaires, dont le principal, le plus clair, est l'occupation, ensuite les modes dérivés : mancipation, *in jure cessio*, tradition, adjudication, usucapion, loi. Mais cette méthode a l'inconvénient de mettre en vedette, comme le plus important, un mode que nos anciens auteurs considéraient en effet volontiers comme la source de tous les autres, mais qui n'a eu, à notre sens, qu'une portée plus récente et plus restreinte ; ensuite elle ne distingue pas parmi les modes dérivés les modes volontaires et ceux qui ne le sont pas ; enfin elle néglige l'acquisition de l'Etat, qui n'a plus grande importance sous Justinien, mais qui en a plus en droit classique et encore bien plus à l'époque ancienne, où elle mériterait peut-être mieux que

SECTION I. — Aliénations de l'État [1].

On peut acquérir de l'État à titre universel un patrimoine, quand il vend au plus offrant et en bloc les biens d'une personne, d'un condamné par exemple (*sectio bonorum*). C'est l'institution civile qu'on dit, verrons-nous, avoir servi de modèle à la *venditio bonorum* prétorienne faite au profit des créanciers d'un insolvable. Mais on pouvait en outre acquérir de l'État soit des meubles, soit des immeubles isolés.

Les principaux cas d'aliénation de meubles se rapportent au butin pris sur l'ennemi. Ce butin n'appartient pas aux citoyens isolés qui l'ont fait. Il appartient à l'État [2]. Seulement le général a le droit d'en disposer comme il l'entend et notamment d'en donner une partie en nature à ses soldats [3]. Le reste est vendu aux enchères par les questeurs soit au détail, comme nous en avons des exemples pour les esclaves (*emptio sub corona*) [4], soit par lots à des revendeurs (*sectores*) [5].

Les immeubles aliénés par l'État peuvent être aliénés par lui, ou à titre onéreux par le ministère des questeurs (*agri quaestorii*) [6], ou surtout à titre gratuit soit au profit des membres d'une colonie déduite sur leur territoire (*ager divisus et adsignatus*), soit au profit de citoyens isolés (*ager viritanus*) [7].

Les terres acquises en Italie en vertu de ces concessions, dont on fait remonter l'origine, avec celle de la propriété privée, aux premiers rois, étaient soumises à une limitation régulière faite par des arpenteurs officiels, par des *agrimensores*, précisément parce qu'elles passaient sous la propriété privée des concessionnaires (*agri limitati*) [8].

l'occupation d'être, au moins pour les immeubles, considérée comme la source de toutes les autres acquisitions.

1. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 1, pp. 350-358.
2. *D.*, 48, 13, *Ad leg. Jul. peculatus*, 15 (13). Cf. Marquardt, *Organisation financière*, p. 358.
3. V. sur les *manubiae*, Mommsen, *Römische Forschungen*, 2, 1879, p. 443 et ss. *Dr. publ.*, 1, p. 274 ; 4, pp. 267-268.
4. Varron la cite comme un mode d'acquérir la propriété quiritaire, *De r. r.*, 2, 10, 4 : *Si e praeda sub corona emit*. Cf. Plaute, *Capt.*, 1, 2, 110. 111 : *Istos captivos duos heri quos emi de praeda a quaestoribus*. Caelius Sabinus chez Aulu-Gelle, 6 (7), 4, 3 : *Antiquitus mancipia jure belli capta coronis induta veniebant et idcirco dicebantur sub corona venire.*
5. Cicéron, *Pro Cluent.*, 59, 162. Sur le sens de *sector*, cf. Pseudo-Asconius, *In Verr.*, 2, 1, 52, et Pernice, *loc. cit.*
6. Siculus Flaccus, p. 152 : *Quaestorii dicuntur agri, quos ex hoste captos populus Romanus per quaestores vendidit*. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 4, p. 252, n. 1 ; p. 125, n. 1.
7. V. sur la distinction des deux catégories, Mommsen, *Dr. publ.*, 4, pp. 348-352.
8. C'est l'opinion dominante que nous croyons exacte. V. en ce sens les auteurs

Elles ne doivent naturellement pas être confondues avec les terres publiques qui étaient laissées à l'occupation des particuliers (*agri occupatorii*) et qui, précisément parce qu'elles étaient soustraites à la propriété privée, n'étaient pas officiellement délimitées (*agri arcifinales*)[1]. Mais la législation de la fin de la République et du début de l'Empire a donné la propriété de ces dernières terres à ceux qui les occupaient, en supprimant donc la corrélation originaire entre la limitation et la propriété privée[2]. Cela fait, peut-on remarquer, que dans les unes et les autres la propriété privée vient d'une concession de l'État. Il n'en est pas autrement pour les terres gentilices transformées en propriétés privées, si on se rappelle que la création des tribus foncières, à laquelle se rattache cette transformation (p. 268), vient de l'autorité publique et non pas de l'initiative des *gentes*.

SECTION II. — **Modes dérivés d'aliénation volontaire.**

La mancipation, l'*in jure cessio* et la tradition sont les trois procédés ouverts au propriétaire pour transférer volontairement sa propriété à autrui. Elles supposent donc, en dehors de l'aptitude générale des deux parties à figurer dans les actes en qualité d'aliénateur et d'acquéreur, la qualité de propriétaire chez celui qui aliène. Et, à l'inverse, elles peuvent en principe être employées par le propriétaire capable. Les deux règles n'ont besoin d'être relevées que parce qu'elles comportent l'une et l'autre des exceptions, parce qu'il y a quelques cas où un non-propriétaire peut transférer la propriété de ce qui ne lui appartient pas et quelques cas où le propriétaire capable est dépouillé du droit d'aliéner sa chose. — Il suffira de citer, pour les premiers, les exemples déjà connus des tuteurs et des curateurs légitimes dont le pouvoir d'aliéner les biens des personnes soumises à leur autorité est expressément rattaché aux XII Tables pour les curateurs[3] et, en droit nouveau, celui du fisc qui, d'après une constitution de Zénon, transfère toujours à ses acquéreurs la pleine

cités par Beaudouin, *Limitation des fonds de terre*, 1894, p. 109, n. 1, et les distinctions faites par le même, pp 107-193. On trouvera de nombreux détails sur les divers modes de limitation officielle ou privée dans le même ouvrage. V. en outre Max Weber, *Die Römische Agrargeschichte*, 1891. Th. Mommsen, *Hermes*, 27, 1892, p. 79 et ss. = *Ges. Schr.*, 5, p. 85 et ss. Kubitschek, dans Pauly-Wissowa, 1, 1, v° *Ager*.

1. Siculus Flaccus, p. 138 (éd. Thulin, p. 101) : *Occupatorii autem dicuntur agri quos quidam arcifinales vocant*. Cf. sur la corrélation première des deux idées, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 480 ; Beaudouin, *Limitation des fonds de terre*, p. 31 et ss.

2. V. en particulier sur le rôle joué à ce point de vue par la loi agraire de 643, Beaudouin, pp. 146-192.

3. Gaius, 2, 64 (p. 229, n. 3). Les deux autres exemples donnés par lui du *procurator* et du créancier hypothécaire ne sont vrais que pour l'aliénation par tradition.

propriété des choses qu'il aliène, sauf à indemniser le véritable propriétaire au cas où il aliène la chose d'autrui [1]. — Quant aux cas où le propriétaire ne peut aliéner sa propre chose, ce droit peut lui être enlevé par une disposition légale [2], comme celle de la loi Julia qui défendit au mari d'aliéner l'immeuble dotal sans le consentement de sa femme [3], comme d'autres dispositions qui interdirent l'aliénation des choses litigieuses [4], comme d'autres dispositions plus anciennes qui, dans le désir d'assurer aux citoyens gratifiés de terres la conservation de ces biens, leur enlevèrent avec un succès médiocre le droit d'en disposer [5]. Il peut aussi, paraît-il, lui être enlevé par une décision de l'autorité judiciaire [6]. Quant à la volonté de l'homme, un bien peut être rendu inaliénable, pratiquement plutôt que légalement, par une disposition de dernière volonté, par exemple par un fidéicommis de famille, le déférant à une personne après une autre [7] ; mais il ne peut en principe être rendu inaliénable par une convention entre vifs [8].

1. *Inst.*, 2, 6, *De usuc.*, 14, où Justinien rappelle qu'il a étendu cette règle aux aliénations faites par l'empereur et l'impératrice.

2. Cf. Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, 1848, n°s 2-7.

3. Gaius, 2, 63. *Inst.*, 2, 8, *Quib. alienare, pr.*

4. La vente des fonds italiques litigieux, avant que l'action en revendication fût jugée, avait déjà été défendue par un édit d'Auguste à ceux qui revendiquaient ces fonds et, quoique la mancipation ou l'*in jure cessio* faite en vertu de cette vente ne fût pas nulle, le défendeur pouvait invoquer l'édit contre l'acquéreur de son adversaire à l'aide d'une exception (*fr. de jure fisci*, 8 ; Gaius, 4, 117 *a*). Mais ce fut seulement Justinien, *C.*, 8, 36 (37), *De litig.*, 5. Nov. 112, c. 1, qui défendit aux possesseurs l'aliénation des choses revendiquées contre eux.

5. Les lois agraires de Ti. Gracchus, de Sulla, de César, déclaraient leurs lots de terres inaliénables. Mais l'aliénation fut autorisée pour les premiers lots après la chute des Gracques, la prohibition ne fut pas observée par les colons de Sulla et elle n'était portée que pour vingt ans par la loi de César. V. Beaudouin, *Limitation des fonds de terre*, p. 141 et ss., p. 179, n. 1, p. 183. — Il pourrait sembler naturel qu'une inaliénabilité semblable eût existé à l'origine pour l'*heredium* et il en a peut-être été ainsi momentanément ; mais nous n'en avons pas une preuve : la mancipation, qui est antérieure à l'aliénation des immeubles, est peut-être aussi antérieure à la fondation de Rome. En tout cas, si ce régime a existé, il a, selon la juste observation de Beaudouin, p. 290, n. 2, disparu très tôt, dès avant la loi des XII Tables, avant laquelle la légende place des exemples d'aliénation (Val. Max., 4, 4, 7), au temps de laquelle surtout existe déjà l'interdiction des prodigues destinée à les empêcher d'aliéner les *bona paterna avitaque* (p. 230).

6. Principalement en vertu d'une décision du préteur interdisant jusqu'à nouvel ordre l'aliénation des biens d'une hérédité : *D.*, 41, 4, *Pro empt.*, 7, 5 ; *D.*, 42, 5, *De rebus auct.*, 31, 4. Cf. *D.*, 50, 12, *De poll.*, 8. La nullité de l'aliénation, venant du préteur, était sans doute sanctionnée par des moyens prétoriens.

7. *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 114, 14. Cf. sur les solutions d'apparence plus absolue données, *D.*, 32, *De leg.*, *III*, 38, *pr.* et *C.*, 7, 26, *De us. pro empt.*, 2, Pernice, *Labeo*, 3, p. 68, n. 5.

8. Pomponius, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 61 : *Nemo paciscendo efficere potest ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet.* C'est un point controversé de savoir si l'on doit admettre une exception à ce principe à cause d'un texte de Marcien, *D.*, 20, 5, *De dist. pign.*, 7, 2, selon lequel, d'après la leçon de la Florentine confirmée par les Basiliques, le

§ 1. — Mancipation [1].

La mancipation est le mode d'aliéner par excellence du droit romain. Elle n'existe plus sous Justinien ; mais elle occupe le premier rang en droit classique, elle est déjà visée par les XII Tables, et elle remonte à un passé bien plus reculé, peut-être antérieur à la fondation de Rome [2]. Nous possédons sur elle de nombreux documents qui permettent de déterminer avec netteté ses formes, ses effets et sa sphère d'application [3].

1. *Formes de la mancipation*. La mancipation du droit classique est un acte assez compliqué [4]. Il ne suffit pas de faire intervenir les deux parties. Il faut des témoins citoyens au nombre de cinq au moins. Il faut un porte-balance (*libripens*) [5]. Il faut que la chose soit présente, au moins si c'est un meuble [6]. Enfin il faut une balance et un lingot de cuivre. L'acquéreur, tenant en main la chose à acquérir, si c'est un meuble [7], par exemple un esclave, dit : *Hunc ego hominem ex jure quiri-*

propriétaire peut s'enlever par une convention avec le créancier hypothécaire le droit d'aliéner la chose hypothéquée. V. en dernier lieu, L. Lusignani, *B. Ist. D. R.*, 11, 1898, pp. 26-31, qui admet une interpolation.

1. Cf. Bechmann, *Der Kauf*, 1, 1876, pp. 37 302. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 363-381. W. Stintzing, *Ueber die Mancipatio*, 1904.

2. La mancipation, qui est expressément réglée par les XII Tables, 6, 1 (p. 294, n. 1), remonte à une époque antérieure à l'établissement de la propriété aliénable des immeubles ; car ses formes ne s'appliquent parfaitement qu'à l'aliénation des meubles et étaient donc déjà arrêtées, quand elles ont été étendues après coup aux immeubles. En dehors de l'idée erronée qui voit dans les témoins des représentants des cinq classes de Ser. Tullius (p. 293, n. 2), il n'y a aucun motif de placer son introduction à une époque postérieure à la fondation de Rome. Rien n'empêche à notre sens, d'y voir une vieille institution latine, qui justement par suite de cela se trouva tout naturellement ouverte à tous les membres de la fédération latine (p. 296, n. 4).

3. Ces documents comprennent, outre de nombreuses inscriptions (*Textes*, p. 819 et ss., p. 843 et ss.) et les textes juridiques qui traitent encore dans leur forme actuelle de la mancipation, de nombreux fragments des compilations de Justinien qui se rapportaient à elle dans leur forme première et qui ont été rapportés à la tradition par les compilateurs (p. 297, n. 3).

4. Gaius, 1, 119. Ulpien, *Reg.*, 19, 3-6.

5. L'*epitome* de Gaius, 1, 6, 3, et diverses inscriptions mentionnent aussi un *antestatus*, qui, d'après M. Accarias, 1, p. 655, n. 1, se confondrait avec le *libripens* et qui, selon M. Cuq, *Institutions*, 1, p. 80, n. 6, aurait été, au moins anciennement, un personnage distinct tant du *libripens* que des témoins. La diversité du *libripens* et de l'*antestatus* est prouvée par tous les titres concrets de mancipations qui donnent les noms différents de l'un et de l'autre (v. par ex. *Textes*, pp. 825-829) ; mais le testament de C. Longinus Castor (*Textes*, pp. 801 805) prouve directement qu'il est le premier des cinq témoins et non pas un personnage distinct.

6. Les immeubles pouvaient au contraire être mancipés sans être présents (Gaius, 1, 121 ; Ulpien, 19, 6) précisément parce que l'acte d'appréhension matérielle qu'implique la mancipation (*rem tenens*) ne pouvait s'y appliquer.

7. En partant de là, Ulpien exige même qu'on ne mancipe pas en même temps plus de meubles qu'on ne peut en saisir à la fois ; cf. les mancipations faites distinctement pour deux esclaves dans l'acte de 161, *Textes*, . 821.

tium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra, probablement avec mention du prix : *pretio* [1]..., puis il frappe du lingot de métal la balance tenue par le *librîpens*, et il remet le lingot à l'aliénateur.

Ces formes peuvent paraître étranges. Mais elles s'expliquent par l'histoire de la mancipation. Pas plus que les autres actes formels, la mancipation n'a été dans le principe un amas de fictions arbitrairement choisies. Elle a commencé par être un acte sincère. En laissant de côté les cinq témoins qui sont une garantie de publicité, de liberté des parties [2], les éléments essentiels du cérémonial, le *libripens*, le métal et la balance ont commencé par être indispensables à l'aliénation à une époque où il n'y avait pas encore de monnaie frappée ou fondue par l'Etat et où la mancipation était tout simplement une vente au comptant, l'échange d'une chose contre un certain poids de métal [3].

Bientôt on a eu besoin d'aliéner sans recevoir de prix, par exemple au cas de constitution de dot, de vente à crédit, et dès lors on a dû penser à utiliser pour cela l'acte existant, en faisant semblant de peser le prix au lieu de le peser en réalité. Plus tard, à partir de l'introduction de la monnaie métallique fondue par l'Etat, on n'a plus eu besoin pratiquement de pesée véritable, même pour les ventes au comptant. Pour les deux motifs, si la monnaie fondue par l'Etat remonte au temps des décemvirs, et pour le premier seulement, si elle lui est postérieure, la loi des XII Tables a décidé que la mancipation conserverait sa valeur translative de propriété quand la pesée n'aurait été que simulée, que, quoique la pesée n'eût pas été faite, l'opération serait valable, du moment que les paroles auraient été prononcées : *Cum nexum faciet manci-*

1. Gaius, qui rapporte seul la formule de la mancipation, ne signale pas cette dernière clause ; mais elle est attestée par Paul, *F. V.*, 50, où il rapporte le fragment de la formule : *Empta esto pretio...* De plus tous les actes de mancipation que nous possédons indiquent le prix comme étant à la fois celui de la vente et celui de la mancipation, quand elles ont lieu à titre onéreux (*Textes*, p. 843 et ss.), ou mentionnent un prix fictif d'un sesterce pour satisfaire à cette exigence, quand elles ont lieu sans prix réel (donations, aliénations fiduciaires, *Textes*, p. 819 et ss. ; testament *per aes et libram*, *Textes*, p. 804). Cf. Girard, *N. R. H.*, 1882, pp. 198-199. 204-205. Appleton, *Studi Scialoja*, 2, 1905, pp. 517-518.

2. L'opinion, toujours soutenue, d'après laquelle les cinq témoins représenteraient les cinq classes de Ser. Tullius et donneraient à l'acte la sanction du peuple, est une conjecture gratuite et démentie par les faits. D'abord ce ne sont pas les classes, mais les centuries qui constituent, dans cette distribution du peuple, les sections qui devraient être représentées (Hoelder, *Beiträge zum Erbrecht*, 1881, p. 51) ; ensuite cette supposition est incompatible avec l'observation que le chiffre de cinq témoins est un chiffre minimum et non pas un chiffre fixe (Gaius, 1, 119 : *Non minus quam quinque testibus* ; cf. Gaius, 2, 25 : *Praesentibus amicis*) ; enfin elle se heurte à la présenee de la mancipation dans les institutions latines (v. par ex. loi de Salpensa, c. 22), auxquelles la distribution du peuple en question est étrangère.

3. La façon dont on frappe la balance avec le morceau de métal peut elle-même avoir été destinée à vérifier la sincérité du métal (de Ihering, *Esp. du Dr. r.*, 3, p. 222).

piumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto [1]. Et les formes définitives de la mancipation, de l'*imaginaria venditio* de Gaius, se sont trouvées constituées par là, par la décision du législateur qui, dans un but d'utilité pratique, a autorisé la substitution de la pesée fictive à la pesée véritable.

2. *Effets de la mancipation.* La mancipation est un mode de transférer la propriété. Elle avait pour effet essentiel et direct de transférer la propriété quiritaire de l'aliénateur à l'acquéreur, si l'aliénateur était propriétaire. Mais elle avait en outre quelques avantages de nature à y faire recourir, même depuis qu'il y eut à côté d'elle d'autres procédés susceptibles de transférer la propriété soit *jure civili*, soit *jure praetorio*, avantages d'ailleurs explicables seulement par l'idée qu'elle a d'abord été une vente au comptant. 1° Si l'aliénateur n'était pas propriétaire et ne pouvait défendre l'acquéreur contre la revendication du *verus dominus*, il était obligé à titre de peine de lui restituer le double du prix déclaré au moment de la mancipation par l'acquéreur. C'est l'objet de l'*actio auctoritatis* donnée à l'acquéreur contre l'aliénateur infidèle, considéré comme coupable d'un délit envers l'acquéreur dont il a touché le prix et qu'il n'a pas défendu contre l'éviction [2]. — 2° La mancipation a aussi pour effet propre, quand le fonds mancipé a été déclaré avoir une certaine contenance et qu'il ne l'a pas en réalité, de donner à l'acquéreur, en vertu de la même idée de délit, une autre action en indemnité, au double de la valeur de la contenance qui manque, l'action *de modo agri* [3].

Nous ne croyons pas en revanche qu'il faille reconnaître à la mancipation deux autres avantages qu'on a signalés parfois : 1° celui de pouvoir rendre obligatoires toutes les clauses accessoires qui y seraient adjointes (*leges mancipii*) ; 2° celui de pouvoir, à la différence de la tradition tout

1. XII Tables, 6, 1. Les XII Tables, qui étaient une codification du droit existant, devaient naturellement contenir une disposition sur la mancipation, mode d'aliéner entre vifs, comme elles en contenaient par exemple une sur les dispositions testamentaires, la disposition *uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave rei suae ita jus esto*. Mais si la disposition avait eu simplement pour but de ratifier la mancipation et le *nexum* qui est l'emploi des mêmes formes en matière d'obligation, on aurait dit directement comme pour les dispositions testamentaires : *Uti nexum mancipiumque faciat ita jus esto* Si on a pris une formule différente, c'est pour exprimer que, du moment que les paroles ont été prononcées, l'opération est valable.

2. L'existence de cette action est établie notamment par Paul, *Sent*, 2, 17, 1-3, qui oppose sous ce rapport la simple tradition et la mancipation, et par les titres de mancipation *nummo uno* qui montrent que, quand on voulait faire une mancipation sans garantie, on déclarait faussement dans la mancipation un prix d'un sesterce de manière à ne devoir que le double en cas d'éviction. V. en particulier le formulaire de mancipation, *Textes*, pp. 822-824. Nous reviendrons sur cette action en étudiant la garantie d'éviction dans la vente.

3. Nous reviendrons également sur cette action dans la théorie de la vente. L'existence en est attestée par Paul, *Sent.*, 2, 17, 4.

au moins, transférer la propriété d'une chose vendue, alors même que le prix n'aurait pas été payé.

Quant au premier point, le formulaire de la mancipation n'est pas sans doute invariable. Il contient des blancs qu'on peut remplir à sa guise : l'indication du prix, l'indication de l'objet, qu'on peut désigner *uti optimus maximus*, pour indiquer qu'il n'est pas grevé de servitudes, dont on peut au contraire déduire des servitudes prédiales, un usufruit (mancipation *deducto usufructu* par ex.), dont on peut encore indiquer la contenance (*modus agri*) ; mais on ne peut, a-t-il été dit justement, y insérer que des indications qui concordent avec le caractère primitif de la mancipation considérée comme une vente au comptant, avec le discours unilatéral prononcé par l'acquéreur, qui aient pour effet de déterminer l'étendue d'application de la mancipation ou tout au plus de faire naître des actions pénales contre l'aliénateur infidèle [1]. On ne pourrait ni y insérer un terme ou une condition, ni y insérer des clauses destinées à faire naître d'autres obligations : l'insertion expresse d'un terme ou d'une condition dans la formule rendrait l'acte nul [2] ; si on voulait faire naître d'autres obligations, par exemple celle de payer le prix à la charge de l'acheteur à crédit, il faudrait recourir, en dehors de l'aliénation, aux modes ordinaires de s'obliger [3].

Quant à la subordination de la translation de propriété au paiement du prix, c'est une règle donnée pour la tradition par Justinien [4], mais

1. Indication du prix : p. 293, n. 1. Mancipation du fond *uti optimus maximus* : Venuleius, *D.*, 21, 2, *De evict.*, 75 (Lenel, 73). Mancipation *deducto usufructu* : *F. V.*, 50. Mancipation avec indication de contenance : p. 294, n. 3. Ces clauses paraissent même avoir fait souvent l'objet d'une déclaration de l'aliénateur (*lex rei suae dicta*). Cf. Pernice, *Labeo*, 3, p. 97 et ss.

2. *F. V.*, 329. *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 77. Au contraire l'acte peut, dit-on, comporter une condition tacite.

3. Le contraire a été souvent soutenu, principalement en invoquant la règle des XII Tables, 6, 1, que nous avons déjà expliqué avoir un tout autre sens (p. 294, n. 1), et un texte de Gaius, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 48. Mais l'admission d'une pareille idée serait le renversement de toute l'histoire de la théorie romaine des contrats, par exemple du système des contrats innommés où la convention jointe à une aliénation (*do ut des, do ut facias*), n'a été munie d'action que sous l'Empire (cf. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 114). La convention de fiducie, que nous serions porté à croire avoir été visée en droit récent dans le formulaire de la mancipation (v. le titre de mancipation fiduciaire, *Textes*, pp 822-824), ne produisait pas elle-même, à notre avis, d'action au temps des XII Tables. Quand on voulait faire naître une action personnelle autre que les actions *auctoritatis* et *de modo agri*, on recourait aux modes ordinaires de formation des obligations, ainsi que montre, par exemple, la donation de Syntrophus où le donateur se fait faire une promesse verbale par l'un des donataires (*Textes*, pp. 827-829. Cf Pernice, pp. 146-150).

4. *Inst*, 2, 1, *De R. D.*, 41 : *Venditae vero et traditae* (*res*) *non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum : tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.*

elle est si peu étrangère à la mancipation qu'elle a été précisément créée pour elle, au moment où la loi des XII Tables transformait la pesée du prix de pesée réelle en pesée fictive. Si le législateur s'en était tenu à la première réforme, il aurait créé un danger nouveau pour les aliénateurs par mancipation de beaucoup les plus nombreux, pour ceux qui aliénaient à titre onéreux. Tandis qu'auparavant, le paiement résultant de la pesée même qui était faite au cours de la mancipation, le vendeur était sûr de ne perdre la propriété de la chose qu'en acquérant celle du prix, il aurait été désormais exposé à perdre la chose sans avoir le prix. Pour l'empêcher, la loi a décidé que, comme auparavant, la propriété ne serait transférée que s'il y avait paiement : elle a maintenu artificiellement entre le paiement et le transfert de propriété le lien qui jusqu'alors était mis entre eux par les formes mêmes de la mancipation. La règle ne s'applique donc pas seulement, comme on peut l'établir [1], à la mancipation. Elle a été faite pour elle, soit qu'elle ait été faite en même temps pour elle et pour la tradition, soit qu'elle ait été d'abord portée pour elle seule et ensuite étendue à la tradition, quand celle-ci fut reconnue après les XII Tables comme source de la propriété quiritaire des choses *nec mancipi* [2]. Le même texte nous apprend que cependant la propriété pouvait être transférée sans paiement, d'abord, peut-être dès les XII Tables, si le vendeur a accepté à la place du paiement une autre satisfaction équivalente, ensuite, sans aucun doute seulement depuis une date postérieure, si le vendeur s'en est remis à la foi de l'acheteur d'une manière quelconque, soit en lui accordant un terme, soit de toute autre façon [3].

3. *Sphère d'application.* La mancipation ne peut intervenir qu'entre personnes susceptibles de propriété quiritaire [4]. Elle ne peut porter que sur les choses susceptibles de propriété quiritaire. Par conséquent, employée soit entre sujets non romains, soit quant aux fonds provinciaux,

1. V. l'argument tiré ingénieusement dans ce sens par M. Naber, *Mnemosyne*, 17, 1889, p. 400, des deux fragments, *D.*, 7, 1, *De usufr.*, 12, 5 ; 25, 1.
2. V. en ce sens, Bechmann, *Der Kauf*, 1, p. 199 et ss. ; en sens contraire, Cuq, *Institutions*, 1, p. 87.
3. Non seulement Justinien ne rattache aux XII Tables que la première solution, mais leur différence d'ancienneté résulte de la composition même du texte des Institutes. Il dit, dans la première phrase, que la propriété ne passe pas à l'acheteur à moins que celui-ci n'ait payé le prix ou satisfait le vendeur ; puis il dit, dans la troisième, que la propriété passe immédiatement à l'acheteur si le vendeur a suivi sa foi. La seconde règle rend la première inutile. Elles n'ont pu être formulées qu'à des époques différentes ; et leur réunion dans les Institutes ne peut s'expliquer que par la juxtaposition de deux textes d'antiquité inégale, dont l'un n'admettait pas encore que le paiement pût être remplacé par autre chose que par une satisfaction juridique, dont le second admettait déjà que le même résultat pouvait être atteint sans cela, par le simple consentement du vendeur.
4. Citoyens, Latins ou pérégrins ayant le *commercium* (Ulpien, 19, 4).

elle sera nulle au moins comme mancipation, sauf à la propriété pérégrine, à la propriété provinciale à pouvoir être transférée si l'acte contient en lui les conditions de la tradition [1]. Le point le plus délicat est de savoir si elle n'exige pas également dans la chose la qualité de *res mancipi*, si, sous la même réserve, la mancipation des choses *nec mancipi* n'est pas nulle. C'est l'opinion que nous croyons la plus vraie non seulement à raison du sens naturel des textes, mais notamment parce que l'*actio auctoritatis* est toujours supposée appliquée seulement aux choses *mancipi*, tandis qu'on devrait la rencontrer aussi pour les choses *nec mancipi*, si ces dernières pouvaient être valablement mancipées [2].

La mancipation est donc le mode propre d'aliénation des choses *mancipi* en ce double sens qu'elle n'est exigée que pour elles et qu'elle ne peut porter que sur elles. Encore faut-il dire que les choses *mancipi* elles-mêmes, qui pouvaient en droit civil être valablement transférées par l'*in jure cessio*, dont l'usage resta toujours un peu restreint, pouvaient, depuis la rédaction de l'édit du préteur, être transférées beaucoup plus facilement avec une efficacité à peu près égale, par une simple tradition. Cependant la mancipation reste leur procédé normal d'aliénation, non seulement à l'époque de Paul et d'Ulpien, mais encore à celle de Dioclétien et de Constantin [3]. Cela s'explique sans doute en première ligne par la puissance de l'habitude, par le désir naturel des acquéreurs de se faire donner le titre le plus régulier possible, mais peut-être aussi par certains caractères de la mancipation, ainsi par la possibi-

1. Cette observation rend compte des actes dans lesquels on voit des mancipations faites par des pérégrins ou même sur des immeubles provinciaux (*Textes*, pp. 843-849). L'usurpation est sans péril, pourvu que derrière la mancipation nulle il y ait une tradition valable.

2. C'est l'argument décisif à notre sens. La même solution paraît d'ailleurs indiquée par la qualification de *propria alienatio rerum mancipi*, donnée à la mancipation chez Ulpien, 19, 3, et surtout par Cicéron, *Top.*, 10, 45 : *Finge mancipio aliquem dedisse quod mancipio dari non potest.* On l'a pourtant contesté, surtout au fond en partant de l'idée que la propriété quiritaire ne devait anciennement pouvoir s'acquérir que par les modes civils. La difficulté disparaît si l'on admet que très anciennement les *res nec mancipi* n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire. Quant aux textes qui parlent de mancipation pour des *res nec mancipi* (ainsi pour des perles, Pline, *N. H.*, 69, 9, 35, pour des urnes funéraires placées dans des *columbaria*, *C. I. L.*, VI, 2211.10241), ils s'expliquent en remarquant que l'acte nul comme mancipation peut être valable comme tradition.

3. V. en ce sens, Gradenwitz, *Z. S. St.*, 6, 1885, p. 64 et ss. Naber, *Mnemosyne*, 17, 1889, pp. 349-390. La preuve est fournie par les textes nombreux qui emploient en matière de choses *mancipi* l'expression non romaine *per traditionem accipere* et où il y avait d'abord *mancipio accipere*, ainsi que le rapprochement des sources pures l'établit directement pour quelques-uns (*Inst.*, 3, 28, *Per quas pers.*, 3, rapproché de Gaius, 3, 167 ; *D.*, 7, 1, *De usuf.*, 12, 3, rapproché de *F. V.*, 89) et qu'il résulte pour tous de la logique de la langue : on reçoit en vertu d'une tradition ou on remet par une tradition ; mais on ne reçoit pas plus *per traditionem* qu'on ne remet *ex traditione* (cf. Gaius, 4, 36. 2, 87. Ulpien, 1, 16).

lité de la réaliser sans déplacement de la possession et par conséquent sans avoir la possession [1], pour toutes les choses, dit on souvent, en tout cas pour les immeubles [2]. Son existence est encore attestée directement en l'an 355 [3]. Elle est implicitement supposée plus tard encore [4]. Au contraire, la mancipation a disparu dès avant Justinien, peut-être à raison d'une innovation législative qui lui enleva sa principale utilité pratique en décidant que, même en matière immobilière, la propriété ne pourrait plus être déplacée sans tradition [5].

§ 2. — *In jure cessio* [6].

1. *Formes de l'in jure cessio.* L'*in jure cessio*, dont nous avons déjà rencontré des applications dans le droit des personnes, est aussi un mode de transférer la propriété. C'est un procès imaginaire, une *lis imaginaria* [7], comme la mancipation est une *imaginaria venditio*. Mais, tandis que la mancipation a d'abord été une vente réelle, l'*in jure cessio* qu'on croit parfois plus ancienne, qui, à notre avis, est plutôt plus récente [8], qui n'existait même peut-être pas encore à l'époque de la confection des XII Tables [9], a toujours été une simulation, l'emploi à un but

1. Gaius, 4, 117 *a*. 131 *a*. Paul, *D.*, 44. 4, *De dol. exc.*, 5, 2 (Lenel, 788).
2. On soutient parfois que cet avantage existerait même pour la mancipation des meubles (Puchta, *Inst.*, 2, § 238, n. *o*; Accarias, *Précis*, 1, p. 566, n. 3); le contraire paraît à M. Naber résulter de *F. V.*, 263.
3. *C. Th.*, 8, 12, *De donat.*, 7.
4. Textes relatifs à l'aliénation fiduciaire de la fin du IV[e] siècle et du milieu du V[e], qui sont, verra-t-on plus loin, les derniers vestiges certains de la fiducie et qui impliquent une aliénation par *in jure cessio* ou plus vraisemblablement par mancipation.
5. C'est ce qui paraît, a remarqué M. Naber, pp. 408-409, résulter de la constitution de 394, *C.*, 4, 3, *De suffragio*, 1, 2 = *C. Th.*, 2, 29, *Si cert. pet. de suffr.*, 2, qui exige la tradition corporelle dans un cas concret en ajoutant : *Aliter enim ad novum dominum transire non possunt.* V. aujourd'hui, en sens contraire, Collinet, *Etudes*, pp. 238-243.
6. Ulpien, 19, 9-11. Gaius, 2, 24. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 381-386.
7. V., contre la contestation de Wlassak, *Z. S. St.*, 28, 1907, p. 75 et ss., Mitteis, *Privatrecht*, p. 276, n. 42.
8. On l'a parfois prétendue plus ancienne, en y voyant, à cause de sa forme détournée, un mode qui aurait été inventé pour permettre de transférer la propriété dans un temps où il n'y aurait encore eu pour cela aucun procédé. V. par ex. Eisele, *Beiträge zur römisch Rechtsgeschichte*, 1896, pp. 256-260. Mais elle peut aussi bien avoir été inventée plus tard, quand on chercha un procédé pour constituer entre vifs les servitudes qui n'étaient pas *mancipi*, et avoir seulement passé de ce rôle au rôle translatif de propriété. M. Schlossmann a en outre invoqué récemment en faveur de son antériorité, *In jure cessio und Mancipatio*, 1904, la ressemblance de la formule de l'*in jure cessio* et de la première partie de celle de la mancipation qui montrerait que la seconde est une dérivation de la première. Mais, en dehors d'autres objections (v. Stintzing, *Mancipatio*, pp. 13-14), cette idée nous paraît en contradiction directe avec la physionomie de la mancipation.
9. Paul, *F. V.*, 50, la dit sanctionnée par les XII Tables; mais ce peut être implicitement, en ce sens que les XII Tables autorisaient la *rei vindicatio* dont elle est l'utilisation.

détourné d'une procédure légale, de la procédure de revendication des Actions de la loi. Selon cette procédure, celui qui se prétend propriétaire d'une chose à l'encontre d'autrui se rend avec son adversaire devant le magistrat et là, *in jure*, l'instance se lie par certaines solennités après lesquelles on va, s'il y a lieu, *in judicio*, faire trancher le débat. C'est la première phase de la procédure qu'on a utilisée pour en faire un mode de transférer la propriété. Les deux personnes d'accord pour le transfert vont devant le magistrat : celui qui veut acquérir, tenant la chose, si c'est un meuble, prononce la formule de la revendication ; l'aliénateur, au lieu de lier le procès en prononçant la formule contraire, acquiesce, s'efface, *in jure cedit* ; le magistrat en donne acte, et l'effet se trouve produit [1].

2. *Effets*. L'*in jure cessio* transfère la propriété quiritaire comme la mancipation, ne comporte pas plus qu'elle de terme ni de condition et est susceptible comme elle de réserve de servitudes [2]. Mais, à la différence de la mancipation, elle ne fait naître ni l'action *auctoritatis* ni l'action de *de modo agri* basées sur une idée de transfert de propriété dont ses formes mêmes sont la négation. Pour la même raison, elle n'a pas, à la différence de la mancipation et de la tradition, son effet translatif de propriété subordonné au paiement du prix en cas de vente.

3 *Sphère d'application*. Quant aux personnes, elle n'est également accessible qu'aux citoyens ; quant aux choses, elle ne porte également que sur les choses romaines et non sur les fonds provinciaux. Mais, étant concevable partout où l'on peut concevoir qu'un individu fasse reconnaître qu'il est propriétaire, elle s'applique aussi bien aux choses *nec mancipi* qu'aux choses *mancipi* depuis que les unes et les autres sont regardées comme susceptibles de propriété quiritaire. Elle englobe donc sous ce rapport les deux champs d'application de la mancipation et de la tradition. Seulement elle avait une grande infériorité : c'était la nécessité qu'il y avait pour y procéder d'aller devant le magistrat, en province, devant le gouverneur [3]. Elle tomba en désuétude dès avant la mancipation [4].

§ 3. — Tradition.

A la différence de la mancipation et de l'*in jure cessio*, qui sont des modes de droit civil, soumis à des conditions de forme, la tradition est un mode de droit des gens qui n'a que des conditions de fond.

1. Ulpien, 19, 10 : *In jure cedit dominus* ; *vindicat is cui ceditur* ; *addicit praetor*.
2. *F. V.*, 50 ; *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 77.
3. Gaius, 2, 25. Elle ne peut non plus, comme on sait (p. 140, n. 3), servir à acquérir par les personnes en puissance (Gaius, 2, 96).
4. La dernière mention qu'on en rencontre est dans une constitution de Dioclétien de l'an 293, *Consultatio*, 6, 10. Il paraît même aventureux de lui rapporter les textes relatifs à la fiducie, mentionnés p. 298, n. 4

Elle sert, avons-nous vu, à transférer la propriété du droit des gens aux pérégrins qui ne sont pas susceptibles d'être les sujets d'un droit de propriété quiritaire ; elle sert à transférer la propriété provinciale sur les fonds provinciaux qui ne sont pas susceptibles d'en être l'objet ; même entre Romains sur les choses romaines, elle sert à aliéner les choses *nec mancipi* dont elle ne faisait sans doute pas anciennement acquérir la propriété quiritaire, mais dont elle faisait acquérir la propriété quiritaire dès avant la disparition des Actions de la loi. En outre, depuis une époque plus récente, postérieure à la loi Aebutia, elle transfère la propriété prétorienne des choses *mancipi*. Enfin, dans le droit de Justinien, elle fait acquérir sur toutes les choses la propriété civile d'alors. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que, dans toutes ces fonctions, à toutes les époques, elle a toujours le même caractère, le même caractère de fait.

Tandis que la mancipation et l'*in jure cessio* sont des actes juridiques ayant des formes fixées par la loi, la tradition est un simple fait matériel, un déplacement de la possession, la cession de la possession faite par une personne à une autre. Seulement, de même que la possession n'est pas la propriété, la tradition translative de propriété n'est pas une remise de possession quelconque, c'est la remise de possession faite en vertu d'une *justa causa*, faite en vertu d'un acte qui implique l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir, ou plus exactement, faite avec l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir. Il faut, pour la tradition translative de propriété, deux conditions : la remise de la chose et la juste cause, ou, en les prenant dans leur ordre habituel de succession, la juste cause et la remise de la chose.

1. *Juste cause*. La tradition est la remise d'une chose ; mais ce fait matériel, la remise d'un immeuble, d'un esclave, d'un animal, est, à lui seul, un fait équivoque susceptible de destinations diverses : il peut résulter d'un louage, d'un dépôt, et alors celui qui reçoit la chose n'en reçoit que la détention ; il peut résulter d'une constitution de gage, d'un bail à long terme, et alors celui qui reçoit la chose acquiert la possession, mais celui qui la livre reste propriétaire ; enfin il peut résulter d'une vente, d'une constitution de dot, et alors la propriété est transférée.

La tradition est une opération à triple face qui transfère tantôt la détention, tantôt la possession, tantôt la propriété. Cela dépend du fait juridique qui la motive et qui est appelé, quand il doit justifier un transfert de propriété, la *justa causa* [1]. Il semblerait même, en partant de là, que

1. La tradition transfère la propriété des choses *nec mancipi*, dit Ulpien, 19, 7, quand elle est faite en vertu d'une *justa causa*, *scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis*. V. aussi Paul, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 31, *pr.* (Lenel, 482, à propos

la *justa causa* exigée devrait être rigoureusement ce fait concret lui-même, vente, donation, convention d'échange, de prêt, etc., et non pas l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir qu'il manifeste et qu'il justifie. Mais, s'il en a peut-être été ainsi dans le principe [1], ce ne paraît pas être le point de vue du droit romain développé.

En droit classique, la *justa causa* réside dans l'intention d'aliéner et d'acquérir qui se manifestera d'ordinaire dans ce fait concret, qui concordera normalement avec lui, mais qui cependant produira son effet sans lui, s'il fait défaut [2]. La preuve est que la propriété est transférée : 1° au cas d'*erreur*, quand on livre la chose en croyant la devoir en vertu d'une cause qui n'existe pas, par exemple d'une obligation déjà éteinte : on pourra avoir une action personnelle en répétition de l'indû (*condictio indebiti*) ; mais cela montre précisément que la tradition a transféré la propriété, en vertu de l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir et malgré l'absence de cause concrète ; car sans cela, étant resté propriétaire, on aurait toujours l'action réelle en revendication [3] ; 2° au moins dans l'opinion dominante, au cas de *malentendu* quand l'une des parties a fait la tradition dans l'intention de donner et que l'autre la reçoit dans l'intention d'emprunter ; quoiqu'il n'y ait alors accord de volontés ni sur la donation ni sur le prêt et que par conséquent il n'y ait ni l'un ni l'autre de ces faits concrets, la propriété sera transférée en vertu de l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir, selon la doctrine dominante représentée par Julien [4] et contestée à la vérité par

de la convention de fiducie qui ne peut servir de titre à la tradition, précisément parce qu'elle est la négation de l'intention d'aliéner : *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*.

1. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 417 ; Fitting, *Archiv*, 52, 1869, pp. 406-429.

2. C'est ce qu'on exprime en disant que la tradition est devenue comme la mancipation et l'*in jure cessio*, et probablement à leur image, sous l'influence des habitudes d'esprit qu'elles avaient fait naître, un acte abstrait, indépendant dans ses effets de la cause concrète qui y fait procéder. V. Savigny, *Dr. des obligations*, 2, pp. 420-427. C'est l'opinion dominante. Elle a cependant été contestée de nouveau assez vivement dans la période moderne. V. notamment Strohal, *Iahrbücher* de Ihering, 27, 1888, pp. 325-462, et les renvois

3. Le résultat, avantageux, mais plutôt fortuit que prémédité, est de protéger les tiers qui auront valablement traité avec l'*accipiens*, tandis que par la revendication le *tradens* aurait repris sa chose sans avoir à respecter les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par l'*accipiens* ni à subir le concours de ses créanciers, de faire par conséquent le préjudice causé par l'erreur être subi, s'il y en a un, par l'auteur de l'erreur et non par les tiers.

4. Julien, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 36 : *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi : nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire.* Au début du texte, où il s'agit d'un immeuble, Julien parlait sans doute de mancipation ; mais, à la fin, c'est pour la tradition qu'il déclare le transfert de propriété *constant*.

Ulpien [1] ; 3° enfin, même quand l'aliénation a été faite en vertu d'une *cause immorale*, pour déterminer une personne à commettre ou à ne pas commettre un délit : l'auteur de la tradition pourra dans certains cas avoir une action personnelle en restitution (*condictio ob turpem causam*) [2] ; mais, comme au cas de paiement de l'indû, c'est la démonstration que la propriété a été transférée.

Au contraire, il peut arriver, en vertu d'une disposition du droit positif, que malgré l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir motivée par un fait concret, la propriété ne soit pas transférée. On pourrait ramener à cette idée la règle des XII Tables, faite probablement pour la mancipation et ensuite étendue à la tradition, selon laquelle la chose livrée en vertu d'une vente ne passe pas sous la propriété de l'acheteur tant que le prix n'a pas été payé ou que le vendeur n'a pas renoncé à cette sûreté [3]. On doit citer avant tout la règle d'après laquelle, les donations entre époux étant interdites en droit classique, la tradition faite par un conjoint à l'autre qui tombe sous cette prohibition ne déplacera pas la propriété [4].

2. *Remise de la chose*. La *justa causa* ne suffit pas à transférer la propriété. Ce qui transfère la propriété, ce n'est pas la convention, c'est la tradition [5]. Or, pour qu'il y ait tradition, il faut, outre la juste cause, la remise de la chose, acte qui exige, sinon peut-être absolument l'accord des volontés [6], au moins l'intervention de la volonté des deux parties, qui ne pourra par conséquent avoir lieu ni par la seule volonté de l'aliénateur, si l'acquéreur est en état de démence ou commet une erreur sur la chose, va par exemple prendre possession d'un fonds à la place d'un autre [7], ni encore moins par la seule volonté de l'acquéreur, quand celle de l'aliénateur manquera, quand, par exemple, l'acheteur ira prendre possession de la chose vendue de sa seule initiative [8].

1. Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 18, *pr.* : *Et puto... nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit*. On a défendu la solution d'Ulpien en disant qu'au cas de malentendu les tiers sont moins intéressants qu'au cas d'erreur parce qu'ils auraient pu avoir connaissance de l'absence du *negotium* en se renseignant près des deux parties. Peut-être Ulpien suit-il plutôt là une tendance qu'il aurait eue à faire la tradition dépendre de l'existence réelle de sa cause. En tout cas, la comparaison de son langage (*puto*) et de celui de Julien (*constat*) montre de quel côté était l'opinion dominante.

2. *D.*, 12, 5, *De cond. ob. turp. caus.*, 2.

3. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 41. Cf. p. 295, n. 4.

4. *D.*, 24, 1, *De don. int. v. et u.*, 3, 10 ; 5, 18. Au reste, ces solutions sont également vraies en matière de mancipation.

5. Dioclétien, *C.*, 2, 3, *De pact.*, 20 : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, nom pactis transferuntur*.

6. V. contre le langage répandu qui présente la tradition comme un véritable contrat (Savigny, Windscheid, Dernburg), A. Pernice, *Zeitschrift für Handelsrecht* de Goldschmidt, 25, 1880, p. 109, n. 1.

7. *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 18, 1 ; 34, *pr.*

8. *D.*, *h. t.*, 5, *pr.*

Pour le surplus, cette remise de la possession est régie par les règles que nous avons expliquées au sujet de l'acquisition et de la perte de la possession. C'est en vertu de ces règles que la tradition pourra s'accomplir non seulement par la remise matérielle de la chose, mais par tous les actes de nature à en transmettre la possession, ainsi par la remise à l'acheteur des clefs du magasin où se trouvent les choses vendues [1], par la mise à sa disposition d'objets volumineux qu'il fera enlever plus tard [2], par la convention en vertu de laquelle le fermier, qui possédait jusqu'alors un bien pour le compte du bailleur à qui il l'achète, le possédera désormais pour lui-même [3], ou à l'inverse par celle en vertu de laquelle le vendeur, qui possédait antérieurement une chose pour lui-même, la possédera désormais pour le compte de son acheteur en qualité de fermier, de précariste [4]. Les éléments de la transmission de la possession sont réunis dans tous ces actes que les anciens interprètes ont opposés à la tradition réelle sous le nom trompeur de *tradition feinte* et décorés des titres plus ou moins heureux de *tradition symbolique*, de *tradition de longue main*, de *tradition de brève main*, de *constitut possessoire*, etc. [5]. Si le constitut possessoire lui-même mérite une mention spéciale, ce n'est pas qu'il soit plus que les autres une exception à la nécessité de la tradition, c'est qu'il a fourni la transition par laquelle notre ancien droit est passé du système de la propriété transférée par la tradition à celui de la propriété transférée par la simple convention [6].

C'est également en vertu des règles ordinaires de la possession :

1° Qu'à la différence de la mancipation et de l'*in jure cessio* qui exigent la comparution personnelle des parties, la remise de la possession, qui constitue la tradition peut avoir lieu entre absents ;

2° Que, la tradition résultant du déplacement volontaire de la possession, on peut, à l'aide de la tradition, non seulement acquérir la propriété

1. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 45. Cf. Papinien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 74, et Riccobono, *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 197-200. Tradition symbolique des interprètes. V. l'article 1606 du Code civil, qui l'oppose à la tradition réelle. V. encore sur la constitution curieuse et discutée de Sévère et Caracalla, *C.*, 8, 53, *De don.*, 1, où la remise des titres est présentée comme équivalente à la tradition, la démonstration de Riccobono, *Mélanges Girard*, 2, pp. 415-446, selon laquelle la constitution donnait la solution inverse et Justinien l'a interpolée pour introduire un nouveau cas de tradition symbolique ; v. en général sur la *traditio ficta*, le même auteur, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 259 et ss., 34, 1913, p. 159 et ss.

2. *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 1, 21 ; *D.*, 46, 3, *De solut.*, 79. Tradition *longa manu*.

3. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 44, où Justinien dit faussement, après Gaius, que le transfert de propriété a lieu *sine traditione* par la *nuda voluntas*. Tradition *brevi manu*.

4. *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 18, *pr. Constitutum possessorium*. Cf. p. 279, n. 2.

5. Cf. Biermann, *Traditio ficta*, 1891, où l'on trouvera reproduits et mis en ordre, pp. 11-17, les divers textes sur lesquels se fondait cette classification. V. aussi Pothier, *Droit de propriété*, n°s 199-213.

6. Cf. Biermann, pp. 51-59. 105-130. 190-213. Viollet, *Hist. du droit français*, pp. 655-658. L'article 1138 du Code civil ne fait que sous-entendre cette clause.

par l'intermédiaire de ses personnes en puissance comme on le peut par la mancipation, mais encore aliéner par elles et par les tiers, puisqu'on peut se dépouiller de la possession par leur intermédiaire (p. 282), mais encore acquérir la propriété *per extraneam personam*, puisque la possession peut être acquise *per extraneam personam* (p. 278) ;

3° Qu'à la différence de la mancipation et de l'*in jure cessio*, dont on ne peut, à peine de nullité, modifier le formulaire par l'insertion d'un terme ou d'une condition, la tradition peut avoir son effet expressément subordonné à l'arrivée d'un terme ou d'une condition [1] et qu'en revanche elle ne comporte pas, comme elles, à l'époque classique, la déduction des servitudes retenues par l'aliénateur [2] ; car la possession ne s'appliquant pas aux servitudes, qui sont des choses incorporelles (p. 273), il est impossible de remettre la possession de la chose diminuée de celle de la servitude ;

4° Qu'enfin, à la différence de la mancipation et de l'*in jure cessio*, auxquelles on peut procéder au moins pour les immeubles sans en avoir la possession ni la détention (p. 298, n. 1 ; p. 299, n. 1), la tradition est impossible à quelqu'un qui ne possède pas. Il n'y a donc pas de mode volontaire pour aliéner les choses dont on est propriétaire sans en avoir la possession, sous Justinien, pas plus qu'il n'y en avait du reste auparavant pour aliéner les meubles dont on était propriétaire sans en avoir la possession ni la détention. Dans les deux cas, le seul expédient était, depuis que le mandat judiciaire a été admis, de céder son action en revendication en constituant la personne son mandataire judiciaire et en la dispensant de rendre compte (*cognitor*, *procurator in rem suam*), comme nous verrons plus loin qu'on fait, par les actions personnelles, afin d'arriver au résultat d'une cession de créance [3].

1. *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 38, 1. Nous ne parlons ici que du terme et de la condition suspensifs, qui sont, le premier, l'événement futur et certain, le second l'événement futur et incertain à la venue duquel les parties ont ajourné l'effet d'un acte et qui ont tous deux pour effet, en matière de propriété, de retarder jusqu'alors la naissance du droit. V. pour la condition, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 38, 1, et pour le terme, *D.*, 7, 9, *Usuf. quemadm.*, 9, 2. Nous retrouverons plus loin le terme et la condition extinctifs.

2. *F. V.*, 47 *a*.

3. Cette théorie sera étudiée, au titre IV de la partie des Obligations, au sujet du transfert des créances sanctionnées par des actions personnelles, pour lesquelles elle a beaucoup plus d'importance que pour la propriété et les autres droits sanctionnés par des actions réelles.

SECTION III. — **Modes dérivés non volontaires.**

Les principaux modes dérivés par lesquels une chose est aliénée en dehors de la volonté de son propriétaire sont : l'usucapion, de laquelle il faut rapprocher la *longi temporis praescriptio* et la *longissimi temporis praescriptio* ; l'attribution faite de la chose par une décision de l'autorité judiciaire, notamment par le juge des actions en partage et en bornage (*adjudicatio*) ; enfin son attribution faite directement par le législateur, la loi (*lex*).

§ 1. — *Usucapio, longi temporis prescriptio, longissimi temporis praescriptio.*

L'usucapion [1], qui est déjà réglée par les XII Tables [2], est l'acquisition de la propriété par la possession prolongée, par une possession d'un an pour les meubles et de deux ans pour les immeubles [3]. Elle a pour résultat de parfaire une acquisition restée défectueuse soit à raison de la forme, parce que le mode employé n'a pas été le mode requis par le droit civil, soit à raison du fond, parce que l'aliénateur n'était pas le propriétaire ou plus largement n'avait pas qualité pour aliéner valablement. Quand le mode employé n'a pas été le mode civil, quand par exemple il a été fait simple tradition d'une *res mancipi*, celui qui a reçu la tradition va, si la chose ne lui est pas enlevée avant l'expiration du délai, acquérir par la possession prolongée la propriété quiritaire qui lui faisait défaut, transformer sa propriété prétorienne en propriété quiritaire, dira-t-on depuis la reconnaissance de la propriété prétorienne [4].

1. *Inst.*, 2, 6, *De usucapionibus et longi temporis possessionibus*. *D.*, 41, 3, *De usurpationibus et usucapionibus*. Cf. Esmein, *Sur l'histoire de l'usucapion*, *Mélanges*, 1886, pp. 171-217. Karlowa, *R. R. G.*, 1, 2, pp. 387-410.

2. XII Tables, 6, 3. Il y a de nombreux systèmes sur le sens des mots *usus auctoritas* employés là par la loi, notamment d'après Cicéron, *Top.*, 4, 23. *Pro Caec.*, 19, 54. A notre sens, le mot *usus* se rapporte seul à l'usucapion et le mot *auctoritas* se réfère à l'*auctoritas*, c'est-à-dire à l'assistance due par le mancipant à son acquéreur contre les revendications des tiers, à laquelle il cesse d'être tenu au moment où expire le délai de l'usucapion. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 328 et ss. En sens contraire, Cuq, *Institutions*, 1, p. 85, n. 4. Huvelin, *Etudes sur le furtum*, 1, 1915, pp. 283-285.

3. Modestin, *D.*, *h. t.*, 3 : *Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*. Ulpien, *Reg.*, 19, 8 : *Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii*.

4. A partir de laquelle aussi il a, pour arriver au terme de l'usucapion, dans les moyens qui protègent cette propriété, une sûreté qu'il n'a pas du tout auparavant et qui sépare beaucoup plus profondément les deux cas d'usucapion qu'ils ne l'étaient jusqu'alors. — Ce que nous disons là de la tradition des *res mancipi* est pareillement vrai des autres cas de propriété prétorienne (v. par exemple, Gaius, 3, 80).

De même, quand l'aliénateur n'était pas le propriétaire, celui qui a reçu *a non domino* va pouvoir acquérir la propriété par la possession prolongée au détriment du véritable propriétaire, si la chose ne lui est pas reprise avant l'expiration du délai, sous certaines autres conditions encore, qui ne sont peut-être pas toutes également anciennes, probablement d'abord à la seule condition que ce ne fût pas une chose volée, à la fin de la République, à condition que ce ne fût pas non plus un immeuble enlevé par violence et qu'il l'eût acquise avec juste titre et bonne foi.

Dans les deux cas, le motif de l'institution, sans doute primitivement une, est le même. On n'a pas voulu laisser trop longtemps la propriété en suspens[1]. Quand l'ancien propriétaire a eu assez de temps pour réclamer, la loi le dépouille de la propriété qu'il n'a pas exercée ni réclamée ; elle en investit celui qui depuis lors s'est comporté sur la chose en propriétaire, qui l'a acquise par l'usage. On devient propriétaire par usucapion soit des *res mancipi*, soit, depuis qu'il y a sur elles une propriété quiritaire, des *res nec mancipi*, comme on devient propriétaire par mancipation des choses *mancipi*, par tradition des choses *nec mancipi*, par *in jure cessio* des unes ou des autres ; mais d'ailleurs on n'en devient propriétaire que comme cela, sous réserve des droits réels constitués par le précédent propriétaire qui n'ont pas été éteints par leurs procédés propres[2].

Malgré cette restriction dans son effet, l'usucapion protégeait parfaitement les citoyens romains acquéreurs de choses romaines. Mais, comme la mancipation et l'*in jure cessio*, c'était un mode d'acquérir du droit civil. Elle ne pouvait fonctionner au profit des pérégrins ; même au profit des citoyens, elle ne pouvait porter sur les choses non romaines, sur les fonds provinciaux[3]. A la différence de la propriété acquise *a non domino* par un Romain sur une chose romaine, la pseudo-propriété acquise *a non domino* par un pérégrin ou sur un fonds provincial ne pou-

1. Gaius, 2, 44. Cicéron, *Pro Caecina*, 26, appelle l'usucapion *finis sollicitudinis ac periculi litium*, en pensant surtout à une troisième utilité qu'on cite souvent non sans raison et qui n'est en somme qu'une conséquence des deux premières, à l'utilité dont l'usucapion pourra être pour l'acquéreur, tenant par un mode civil du véritable propriétaire, qui, sans elle, devrait pour prouver sa propriété établir, d'une part, que toutes les transmissions successives de la chose ont été faites par les modes légaux et, d'autre part, que l'auteur de la première était propriétaire.

2. Usufruit : Ulpien, *D.*, 7, 1, *De usu fructu*, 17, 2 : *Noxae deditio jure non peremit usum fructum, non magis quam usucapio proprietatis, quae post constitutum usum fructum contingit.* Hypothèque : Papinien, *D.*, 41, 3, *De usurp. et usuc.*, 44, 5. C'est pourquoi l'usucapion nous paraît, en bonne langue juridique, devoir être classée parmi les modes dérivés. Certains interprètes, par exemple Dernburg-Sokolowski, 1, § 69, n. 1, refusent de lui donner ce nom en ne considérant comme telle que l'acquisition où l'acquéreur est, pour justifier de sa propriété, obligé de prouver celle de son auteur. Ce n'est qu'une question de terminologie.

3. V. Gaius, 2, 65, pour les pérégrins, 2, 46, pour les fonds provinciaux.

vait être consolidée par la possession prolongée. Le principe admis, c'était un illogisme. Il a été corrigé, sous l'Empire, au moyen d'une institution nouvelle[1], de l'existence de laquelle nous n'avons pas de preuve directe antérieure aux dernières années du IIe siècle[2], et qui fut établie soit au profit des pérégrins par le préteur pérégrin, soit plus probablement pour les fonds provinciaux[3] par les gouverneurs de province ou par l'autorité impériale elle-même[4], au moyen de la *longi temporis* ou *longae possessionis*[5] *praescriptio*.

La *praescriptio longi temporis* fut probablement d'abord, comme son nom l'indique, exclusivement un moyen de défense donné au possesseur contre les actions réelles des tiers, une clause mise en tête de la formule délivrée au tiers (*praescriptio*) et disant au juge d'absoudre le possesseur qui ne pouvait usucaper parce qu'il était pérégrin ou que la chose était un fonds provincial, s'il avait possédé dans les conditions de l'usucapion durant un temps suffisant. Destinée à combler une lacune du système de l'usucapion, la *praescriptio* était sans doute soumise aux mêmes conditions d'absence de vol ou de violence et même de bonne foi et de juste titre[6]. Mais elle en différait quant au délai : les délais des XII Tables, suffisants pour l'Etat peu étendu d'alors, mais devenus trop brefs pour un grand empire, étaient remplacés par un délai plus long qui fut peut-être d'abord indéterminé et qui a été fixé par des constitutions impériales[7] à 10 ans entre présents et 20 ans entre absents[8]. Elle en différait aussi profondément, à l'origine, quant à l'effet, puisqu'au lieu de faire

1. V. Partsch, *Die longi temporis praescriptio im klassischen römischen Rechte*, 1906.

2. La mention la plus ancienne s'en trouve dans un rescrit de Sévère et Caracalla du 29 décembre 199 rapporté en termes très voisins dans les papyrus de Berlin, *B. G. U.*, 273 (*Textes*, pp. 201-203) et de Strasbourg, *P. Strassb.*, I, 22 (*Textes*, pp. 900-902).

3. Justinien, *Inst.*, 2, 6, 7, dit et les passages du livre syro-romain cités par Partsch, pp. 4-6 (v. par ex. R II, 48), prouvent qu'elle a été introduite pour les immeubles.

4. V. en ce dernier sens Partsch, pp. 105-112.

5. Comme l'appellent le papyrus de Berlin et divers textes et comme ce fut peut-être son nom le plus ancien.

6. Les textes des compilations de Justinien le disent (v. par ex. *C.*, 7, 33, *De praescr. l. t.*, 1) et on admet d'ordinaire qu'il en a été ainsi dès le principe. M. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 337, n. 1, avait pourtant remarqué que Paul, 5, 2, 4, parle seulement de *justum initium possessionis* et cette idée paraissait confirmée par la version de Berlin du rescrit de 199 (en ce sens Partsch, *Praescriptio*, p. 8 et ss. ; en sens contraire Mitteis, *Hermes*, 30, 1895, p. 612). Mais elle semble condamnée par la version de Strasbourg du même rescrit (*Textes*, p. 900).

7. Paul, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 76, 1 : *Tempora constitutionibus constituta*.

8. La prescription courait entre présents ou entre absents, selon que les deux parties intéressées avaient ou non leur domicile dans le territoire de la même province, d'après une doctrine qui fut celle adoptée plus tard par Justinien, dans celui de la même cité, d'après une autre doctrine que signale Justinien, *C.*, 7, 33, *De praescr. longi temp.*, 12, *pr.*, et qui est celle suivie par le rescrit de Sévère de 199. Sur d'autres points discutés, v. Justinien, même const.

acquérir la propriété elle ne donnait que le droit de repousser l'action du propriétaire, que, par conséquent, au lieu de permettre, comme l'usucapion, de réclamer la chose quand on était dépossédé, elle permettait seulement de repousser les réclamations des tiers, tant qu'on était en possession, qu'elle ne donnait donc pas d'action réelle ; mais cet effet de l'usucapion lui a été étendu par la suite dans des circonstances mal connues[1]. Et on dit même souvent, non sans raison, qu'elle a une efficacité plus complète que l'usucapion en ce qu'elle peut servir non seulement à faire acquérir la chose, mais, à titre distinct, à éteindre les charges réelles, par exemple les hypothèques qui pèsent sur elle[2].

Cette dernière fonction, jointe à quelques autres avantages[3], fait que, malgré son délai plus long, malgré le caractère purement défensif qu'elle avait d'abord eu, la *praescriptio longi temporis* a probablement fini par être invoquée même entre citoyens romains, même relativement aux choses romaines[4]. Mais, l'usucapion et la *praescriptio* étant soumises aux mêmes conditions d'exercice, si l'une de ces conditions manquait, l'acquéreur *a non domino* n'avait, quelque longue qu'eût été sa possession, ni action pour recouvrer la chose, ni défense pour la conserver. En face de lui, le propriétaire gardait indéfiniment ses droits intacts.

Ce régime a paru avoir quelque chose de critiquable. Le droit byzantin a considéré que le propriétaire dont la négligence s'était trop prolongée ne méritait plus la même protection et il a décidé que ce propriétaire perdrait au bout d'un certain temps sinon sa propriété, au moins l'action dont il ne se serait pas servi. La réforme a été, semble-t-il, entamée par Constantin et définitivement opérée par une constitution de 424 de Théo-

1. Cela résulte principalement d'une constitution de Justinien, *C.*, 7, 39, *De praescr. XXX v. XXXX ann.*, 8, qui, en donnant une action *ad vindicandam rem* au bénéficiaire de cette prescription, dit que *hoc et veteres leges... sanciebant*.

2. C'est exact, mais il faut bien comprendre en quel sens ; cela ne veut pas dire qu'à la différence de l'usucapion, qui laisse subsister les charges dont la chose est grevée, la *praescriptio longi temporis* ferait acquérir la propriété franche et libre de toute charge. Cela signifie seulement qu'à côté de la *praescriptio longi temporis* qui protège l'acquéreur *a non domino* contre le propriétaire, il y en a une autre qui protège l'acquéreur d'un bien grevé d'hypothèque, de charges réelles contre le créancier hypothécaire, le titulaire du droit réel. En fait, il peut arriver que les deux marchent de conserve, soient acquises en même temps. Mais elles peuvent aussi très bien ne pas se confondre, ainsi courir l'une sans l'autre, quand les conditions requises sont présentes pour l'une et pas pour l'autre, ainsi courir par des délais différents, quand l'une court entre absents et l'autre entre présents.

3. L'*accessio temporis* a été admise plus tôt en matière de *praescriptio longi temporis* qu'en matière d'usucapion (p. 319, notes 2, 3, 4) ; la *bona fides* était peut-être exigée pendant toute la durée de l'usucapion et seulement au début du délai de la prescription, quand le juste titre était une donation (p. 312, n. 4) ; on a même soutenu que la bonne foi et le juste titre auraient commencé par ne pas y être exigés, pourvu que l'on eût acquis la chose *nec vi nec clam nec precario* (p. 307, n. 6).

4. *D.*, 44, 3, *De div. temp. pr.*, 3 ; 9.

dose II. Le propriétaire négligent ne perd pas son droit de propriété ; mais au bout d'un certain temps d'inaction, 40 ans d'après Constantin, 30 ans dans le système définitif de Théodose II, il perd son action en revendication contre le possesseur. Celui-ci n'est pas devenu propriétaire ; seulement il peut repousser l'action en revendication du propriétaire par un moyen analogue à la *praescriptio longi temporis* et appelé la *praescriptio longissimi temporis* ; mais c'est tout : s'il perd la possession, il n'a pas pour la réclamer d'action pétitoire, — pas plus que n'en avait l'ancien bénéficiaire de la *longi temporis praescriptio*, — et le propriétaire qui n'avait pas perdu sa propriété, qui avait seulement perdu sa revendication contre ce possesseur, va pouvoir intenter une revendication nouvelle contre le nouveau possesseur, qui ne pourra lui-même lui opposer la *praescriptio longissimi temporis* qu'après avoir possédé pendant 30 ans [1].

En 528 [2], Justinien attacha à la possession trentenaire un nouvel effet : celui de faire acquérir la propriété à l'individu qui aurait acquis de bonne foi, même sans juste titre, une chose, même volée, pourvu qu'elle n'eût pas été ravie par violence, de donner à celui qui aurait ainsi possédé pendant trente ans, non plus seulement, comme dans la *longi temporis praescriptio* ancienne, une exception, mais, comme dans la *longi temporis praescriptio* développée, une action.

Enfin, il fit, en 531 [3], une réforme plus connue et peut-être moins importante en fusionnant l'usucapion et la *longi temporis praescriptio* déjà fort rapprochées par la disparition des distinctions faites anciennement entre la propriété civile et la propriété prétorienne, entre la propriété des pérégrins et celle des citoyens, entre la propriété des fonds provinciaux et celle des fonds italiques. Il décida que le nom d'*usucapio* resterait à la prescription acquisitive des meubles qui, étant tous romains, étaient déjà tous susceptibles d'usucapion, mais il porta pour eux le délai à trois ans. Au contraire, pour les immeubles qui, dans l'empire d'Orient, étaient, en leur qualité de fonds provinciaux, déjà soumis en principe à la prescription de 10 à 20 ans, il adopta le nom et le délai de la *praescriptio longi temporis*. Mais, sous les deux noms, l'institution est une institution uniforme soumise aux règles anciennes communes, à côté de laquelle la prescription acquisitive de trente ans garde

1. V. sur le régime définitif, *C.*, 7, 39, *De praescr. XXX vel XXXX ann.*, 3, la constitution de Théodose II, où la prescription de la revendication n'est que l'application du droit commun, et sur le régime antérieur, où c'est une règle spéciale à l'action réelle en revendication intentée à titre particulier, *C. Th.*, 4, 13, *De long. temp. praescr.*, 2. Cf. Esmein, *Mélanges*, pp. 215-217 ; Demelius, *Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht*, 1856, p. 82 et ss.
2. *C.*, 7, 39, *De pr. XXX v. XXXX ann.*, 8, 1.
3. *C.*, 7, 31, *De usuc. transf.*, 1.

son intérêt pour ceux qui ont acquis sans juste titre, mais de bonne foi, ou des choses volées, mais non enlevées par violence, à côté de laquelle aussi la prescription trentenaire purement extinctive garde le sien pour les possesseurs que leur mauvaise foi ou la violence par laquelle fut ravie la chose empêchent de pouvoir acquérir par aucun délai.

En laissant de côté cette dernière prescription purement extinctive, les conditions requises pour acquérir la propriété soit par l'usucapion, soi par la prescription de 10 à 20 ans, soit par la prescription acquisitive de 30 ans, qu'on appelle parfois la prescription extraordinaire, peuvent se ramener à trois points de vue : celui de la personne qui prend possession, celui de la chose qui est possédée et celui du délai pendant lequel elle est possédée [1].

1. Pour que la prescription acquisitive puisse commencer au profit d'une personne, il faut que cette personne prenne possession et il faut en outre que sa prise de possession ait lieu avec bonne foi et juste titre pour l'usucapion et la *longi temporis praescriptio*, ait lieu de bonne foi pour la prescription extraordinaire de trente ans.

Il faut d'abord une prise de possession, qui peut avoir lieu soit par la personne même qui usucape, soit par un intermédiaire, par un esclave, par un dépositaire, par un mandataire, mais qui est indispensable, qui ne pourrait notamment être remplacée par l'intervention d'un des modes d'acquérir qui transfèrent la propriété sans déplacement de la possession [2].

Cette prise de possession, jointe aux conditions relatives à la chose et au délai, suffit sans bonne foi ni juste titre dans quelques cas particuliers qui datent de l'ancien droit, sous lequel aussi du reste la propriété était plutôt acquise par l'usage (*usu capio*) que par une possession en forme [3] (*usucapio pro herede* ; *usureceptio fiduciae* ; *usureceptio ex praediatura*) [4] ; elle suffit encore sans bonne foi dans un autre cas (*constitutio Rutiliana*) [5] ; on peut aussi dire qu'elle suffit sans bonne foi dans les cas où l'usucapion transformait la propriété prétorienne en pro-

1. Paul, *D.*, 41, 3, *De usurp. et usuc.*, 4, *pr.* : *Et hoc ordine eundum est, ut videamus, quis potest usucapere et quas res et quanto tempore.*

2. Ainsi, au cas de mancipation, d'*in jure cessio* et de legs *per vindicationem* de la chose d'autrui, l'usucapion ne commencera pas à courir au moment de l'accomplissement des solennités de la mancipation ou de l'*in jure cessio*, si elles ont lieu sans remise effective de la possession, ni à celui de l'acceptation du legs, mais seulement à celui de la prise de possession de la chose.

3. Cf. Cuq, *N. R. H.*, 1894, p. 23 et ss.

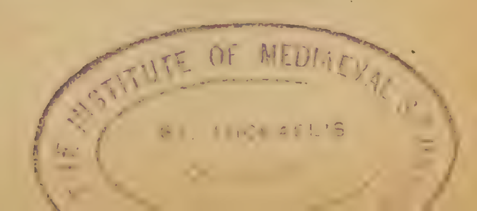
4. Gaius, 2, 52-61.

5. *F. V.*, 1. Il s'agit des *res mancipi* de la femme en tutelle dont elle a fait tradition sans l'*auctoritas tutoris* et que, d'après Julien, l'acheteur qui a payé le prix peut usucaper, en vertu d'une *constitutio Rutiliana* ignorée. V. sur cette *constitutio Rutiliana* la conjecture de Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 404. 405 et ses renvois, p. 404, n. 1. Gaius, 2, 47, rappelle que les XII Tables portaient la règle contraire.

priété civile, à moins qu'on ne préfère dire que l'existence d'un titre prétorien implique la bonne foi [1]. Et il est très vraisemblable que les premiers cas sont des survivances de ce qui a d'abord été le droit commun ; que le vieux droit des XII Tables n'exigeait pour l'usucapion ni la condition subjective de bonne foi, ni même la condition plus objective, mais encore abstraite, de juste titre [2]. Au contraire, dans le

1. V. en ce dernier sens Brinz, *Zum Rechte der bonae fidei possessio*, 1875.

2. Cette idée a pour la première fois été indiquée par Stintzing, *Das Wesen von bona fides und titulus in d. römisch. Usukapionslehre*, 1852. Elle a depuis toujours gagné de nouveaux partisans. V. surtout aujourd'hui, Esmein, *Mélanges*, pp. 177-188 et Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 328-340. Non seulement l'idée purement subjective de bonne foi paraît, ici comme partout, impliquer de la part du juge une analyse psychologique étrangère aux façons de procéder de l'ancien droit qui attache ses résultats juridiques à des faits positifs et concrets, d'un caractère ostensible. Non seulement la plupart des faits pris comme juste cause n'ont pas de valeur légale dans l'ancien droit. Mais les règles sur les *res furtivae* ne peuvent avoir été introduites qu'en un temps où l'usucapion procédait encore sans juste titre ni bonne foi et où l'on cherchait donc dans une règle générale la protection du propriétaire plus tard cherchée dans des règles relatives, tirées de la personne qui usucape. Les deux systèmes se sont plus tard trouvés juxtaposés et on les a appliqués simultanément, non d'ailleurs sans quelques difficultés ; mais on n'eût sans doute jamais inventé le premier, si le second avait toujours existé. L'usucapion *pro herede*, l'*usureceptio* et d'autres institutions encore telles que l'acquisition de la *manus* par l'usage (p. 154), que l'*usucapio libertatis* que nous retrouverons en matière de servitude, sont des variétés un peu anormales de l'usucapion primitive, qui, précisément à cause de leur caractère anormal, ont, comme il arrive souvent, conservé, par un arrêt de développement, les traits originaux progressivement modifiés dans l'institution vivante. On pourrait plutôt se demander comment et à quel moment la transformation s'est faite. Il ne nous paraît pas douteux que le point de départ en a été dans l'idée que la possession qui conduit à l'usucapion doit être légitime, doit être une *possessio justa*, *ex justa causa* (A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 405-433). Mais des deux conditions de l'usucapion moderne, celle qui aurait été la première dégagée de là serait, selon M. Esmein, p. 193, la bonne foi et, selon M. Pernice, p. 425, le juste titre, qu'il arrive même à trouver en un certain sens dans les anciennes institutions de l'usucapion *pro herede* et de l'*usureceptio*, p. 430 et ss. En tout cas, l'exigence de la *justa causa* supposant, comme le remarque M. Pernice, p. 338, l'existence des actes sans forme et notamment du contrat consensuel de vente, est, croyons-nous, forcément postérieure à la loi Aebutia. D'autre part, la condition tirée de la bonne foi, qui était peut-être encore méconnue de Manilius et de Brutus au début du VIIe siècle (*D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 3, si l'on admet que le mot *thesaurus* est encore pris là dans son sens ancien : p. 323, n. 4), est connue au début de l'Empire, de Sabinus et Cassius, d'après *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 10, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 27, *pr.* et *F. V.*, 1, et même, d'après le dernier texte, des *veteres*. Tout cela conduit à peu près, pour les deux conditions, au dernier siècle de la République. — M. Appleton, *Propriété prétorienne*, 1, 1899, p. 176 et ss., p. 287 et ss., admet que la lettre des XII Tables parlait seulement de l'usucapion des choses volées ; mais il soutient que l'exigence de la bonne foi et du juste titre en aurait été déduite immédiatement, parce qu'il fallait prouver sa bonne foi pour démontrer qu'on n'était pas un voleur et que, dans la plupart des cas (dans ceux où il faut plus tard bonne foi et juste titre), on ne pouvait la prouver qu'en prouvant son titre. Mais, en dehors d'autres objections tirées des idées que cette conception implique en matière de preuve et de la confusion, inexacte à notre sens, qu'elle entraîne entre la bonne foi et le juste titre, elle nous paraît chronologiquement inadmissible. Si par ex. les conditions de bonne foi et de juste titre


INSTITUTE OF MEDIAEVAL

droit historique, qui fonctionne pour l'usucapion au moins depuis la fin de la République et sauf les exceptions indiquées, il faut la bonne foi et le juste titre pour l'usucapion et la *longi temporis praescriptio*, il faut tout au moins la bonne foi pour la prescription trentenaire acquisitive de Justinien.

Le juste titre (*titulus usucapionis*, *causa possessionis*) [1] est l'événement distinct du fait matériel de remise de la chose, qui fait considérer la prise de possession en vue de la propriété comme justifiée et duquel les jurisconsultes ont tiré des sortes d'étiquettes servant à cataloguer les diverses causes d'usucapion (*pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro legato*, *pro derelicto*, *pro suo*, etc.). C'est le plus souvent un fait qui implique l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir, parfois un fait qui implique seulement l'intention légitime d'acquérir (*pro derelicto*). Mais ce n'est jamais une des causes en vertu desquelles on acquiert seulement la possession *ad interdicta*, comme il arrive au créancier gagiste, à l'emphytéote, au précariste et ordinairement au dépositaire séquestre.

La bonne foi (*bona fides*) est une erreur, une croyance erronée, ici la croyance erronée de l'acquéreur qu'il acquiert dans des conditions propres à le rendre propriétaire, normalement que l'aliénateur était propriétaire, ou avait pouvoir d'aliéner, ou était capable d'aliéner [2], mais seulement à condition de porter sur l'ignorance d'un fait et non d'une règle de droit [3]. Elle est exigée en principe au moment de la prise de possession et seulement alors [4]. Elle diffère du juste titre comme une

avaient été dégagées à l'époque de la loi Atinia, vers la fin du VIe siècle, cette loi n'aurait pas renouvelé l'ancienne prohibition fondée sur la furtivité en y apportant seulement un correctif.

1. Cf. Bernhoeft, *Der Besitztitel im röm. Recht*, 1875. Fitting, *Archiv*, 51, 1869, p. 1 et ss., 52, 1860, pp. 1 et ss., 239 et ss., 381 et ss.

2. Modestin, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 109 : *Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse*.

3. L'individu qui traite avec un pupille, le croyant pubère, commet une erreur de fait et peut usucaper ; celui qui traite avec un pupille, croyant qu'il n'a pas besoin de l'*auctoritas* du tuteur pour aliéner, commet une erreur de droit et ne peut usucaper (Paul, *D.*, 41, 4, *Pro emptore*, 2, 15). Cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 493 et ss.

4. En principe la bonne foi n'est exigée qu'à l'*initium possessionis* ; elle ne l'est ni avant, ni après, au moins quand on prend possession en personne. Mais il y a cependant quelques réserves à faire. 1° La bonne foi, qui en principe n'est exigée qu'au moment de la prise de possession et non pas auparavant, est, pour des raisons très discutées, probablement pour des raisons historiques, exigée à la fois au moment de la *justa causa* et à celui de la tradition dans un cas très important, dans celui de la vente (*D.*, 41, 4, *Pro empt.*, 2, *pr.*). V. les systèmes dans Appleton, *Propriété prétorienne*, 1, nos 95 et ss. — 2° En règle, la bonne foi, pourvu qu'elle existe au moment de la prise de possession, n'a pas besoin de persister pendant tout le délai (*mala fides superveniens non nocet*) ; mais le langage de Justinien, *C.*, 7, 31, *De usuc. transf.*, 1, 3, a fait se demander, si, avant lui, la persistance de la bonne foi pendant tout le délai n'était pas exigée des acquéreurs à titre gratuit en matière d'usucapion et non de *longis temporis possessio*.

opinion diffère d'un fait, et par suite même les règles de preuve sont différentes pour la bonne foi qui se présume jusqu'à preuve contraire et pour le juste titre qui doit se prouver. Ils paraissent cependant se rapprocher dans un cas, dans celui de juste titre putatif, de croyance fausse à l'existence d'un titre, où en réalité il n'y a pas de titre, mais où cependant certains jurisconsultes soutenaient à l'époque classique que l'usucapion serait possible et où une doctrine intermédiaire, adoptée probablement par Justinien, l'admettait comme possible, quand l'erreur était une erreur excusable, portant par exemple sur le fait d'un tiers [1]. Mais même alors la différence subsiste et elle se manifestera toujours au point de vue de la preuve.

2. La chose doit être susceptible d'être acquise par ce mode. C'est en principe le cas de toutes les choses corporelles ; mais il y a des exceptions, résultant les unes des principes généraux, les autres de dispositions spéciales du droit positif.

D'après les principes généraux, l'usucapion est impossible pour les choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée ; car elle a pour but de conduire à la propriété privée : elle est impossible par exemple sur les hommes libres, sur les *res sacrae*, sur les *res religiosae*. Elle l'est aussi, admet-on généralement, pour les choses inaliénables, telle que l'immeuble dotal italique, telles que les biens des personnes en tutelle ou en curatelle visés par l'*oratio Severi* et les dispositions postérieures ; car la prohibition de l'aliénation directe implique celle de l'aliénation indirecte [2].

V. en ce sens, Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 402 ; en sens contraire, A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 57. — 3° Enfin, quand la prise de possession a lieu par l'intermédiaire soit d'une personne en puissance, soit d'un tiers, il faut la bonne foi non pas de celui qui prend la possession matériellement, mais de celui pour le compte duquel elle est prise. Par conséquent, si le mandataire prend possession à l'insu du mandant, le mandant deviendra bien immédiatement possesseur, mais il ne commencera à acquérir par usucapion que du jour où il aura eu connaissance de la prise de possession, car ce n'est qu'alors qu'il peut posséder de bonne ou mauvaise foi (*C.*, 7, 32, *De acq. poss.*, 1). Il n'y a qu'un cas où l'*animus* de la personne en puissance, étant seul pris en considération, suffit : c'est celui des acquisitions faites par elle *ex re peculiari* (*D.*, 41, 4, *Pro empt.*, 2, 11). V. cependant la restriction du même texte, 2, 13, par laquelle il faut sans doute expliquer la solution de *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 43, 1.

1. Celse affirmait très nettement la nécessité d'un juste titre indépendant de la bonne foi, nous apprend Ulpien, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 27. Neratius au contraire admettait, un peu avant lui, comme suffisante, la croyance au juste titre, *D.*, 41, 10, *Pro suo*, 5. Julien, dont l'opinion est rapportée par Africain, *D.*, 41, 4, *Pro empt.*, 11, admit qu'on pourrait s'en contenter, mais à condition d'avoir un fait justificatif, tel que l'allégation d'un esclave ou d'un mandataire faisant croire à un achat auquel il n'a pas procédé en réalité. C'est la doctrine qui paraît avoir prévalu et qui semble devoir être considérée, d'après l'ensemble des textes du Digeste, comme celle du droit de Justinien, quoiqu'il reproduise aux Institutes, *h. t.*, 11, la règle *error falsae causae usucapionem non parit*. Cf. cependant A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 502 et ss., 396 et ss.

2. *D.*, 50,16, *De V. S.*, 28, *pr.* Le seul point douteux est de savoir si l'imprescrip-

Mais il y a, de plus, des exceptions spéciales, relatives à des choses qui, tout en étant dans le patrimoine, en étant aliénables par les modes réguliers, ne peuvent être acquises par la possession prolongée. Il y a deux catégories d'exceptions de cette espèce, les unes fondées sur des raisons tirées de la chose, tenant par exemple à ce qu'elle est sortie des mains de son maître par un fait délictueux ; les autres tirées du propriétaire, que la loi voit d'un œil particulièrement favorable, qu'elle préfère au possesseur.

Les cas de la seconde catégorie, les moins importants pour l'histoire du droit et presque tous du droit nouveau, concernant les biens du trésor public, ceux du prince, les immeubles des églises et des fondations pieuses, qui sont soustraits à l'usucapion et à la *longi temporis praescriptio*, mais non à la prescription extraordinaire portée seulement pour certains d'entre eux à quarante ans [1]. On se demande en outre s'il ne faut pas appliquer la même règle aux biens des mineurs, qui étaient anciennement soumis à l'usucapion et non à la *praescriptio longi temporis*, mais pour lesquels au reste la question ne se pose, dans notre doctrine, qu'en tant qu'ils ne sont pas déjà imprescriptibles ou inaliénables en vertu de l'*oratio Severi* et des dispositions additionnelles [2].

Les exceptions de la première catégorie ont une plus grande importance juridique et remontent à une époque plus ancienne : elles ont été portées pour l'ancienne usucapion du droit civil. Les principales [3] sont la prohibition de l'usucapion des choses volées, portée par la loi des XII Tables [4] et répétée par une loi Atinia des environs de la fin du

tibilité est absolue ou seulement relative soit aux prescriptions fondées sur une aliénation prohibée, soit à celles qu'on a laissées intentionnellement courir dans le but d'éluder la loi. Dans le premier sens, Windscheid, 1, § 182, n. 14 ; dans le second, Savigny, *Traité*, 4, p. 175 et ss. ; dans le troisième, Dernburg-Sokolowski, 1, § 71, p. 143.

1. Fisc : *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 18. Biens du prince : *C.*, 7, 38, *Ne rei dominicae*. Immeubles des églises et des fondations pieuses : Nov. 111, c. 1 ; Nov. 131, c. 6. C'est un point controversé de savoir s'il faut encore excepter les biens des cités ; cependant Paul, *Sent.*, 5, 2, 4, dit positivement que la *praescriptio longi temporis* leur est applicable.

2. Admission de l'usucapion : *D.*, 27, 5, *De eo qui pro tut.*, 2. Exclusion de la *praescriptio longi temporis* : *C.*, 7, 35, *Quibus non objiciatur*, 3. Droit de Justinien : *C.*, 2, 40 (41), *In quibus causis in int.*, 5, 1.

3. On peut citer encore, dans le même ordre, les choses extorquées par des magistrats concussionnaires, d'après la loi Julia *repetundarum* (*D.*, 48, 11, *De leg., Jul. repet.*, 8) et, dans un ordre d'idées différent, la limite de cinq pieds existant entre les héritages (XII Tables, 7, 4) et certaines dépendances (*forum bustumve*) des tombeaux, eux-mêmes déjà soustraits à l'usucapion comme hors du commerce (XII Tables, 10, 10).

4. Gaius, 2, 45. 49. Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 2. Julien, *D.*, *h. t.*, 33, *pr.* M. Huvelin, *Etudes sur le furtum*, 1, pp. 291-297, estime, à l'encontre de ces textes, que la prohibition de l'usucapion des choses volées ne se trouvait pas dans les XII Tables.

VIe siècle[1], et la prohibition de l'usucapion des choses enlevées par violence portée postérieurement par la loi Plautia *de vi* qui paraît se placer entre la dictature de Sulla et la conjuration de Catilina[2].

Le domaine des deux prohibitions est beaucoup plus large qu'on ne pourrait croire à première vue : 1° parce qu'elles s'appliquent non pas seulement au voleur et au ravisseur, qui, dans le droit développé, seraient exclus par l'exigence de la bonne foi et du juste titre, mais à la chose elle-même, qui, une fois frappée du vice de violence ou de furtivité, ne pourra être usucapée par personne jusqu'à ce que ce vice ait été effacé ; 2° parce que la notion du vol est à Rome bien plus étendue qu'en droit moderne, parce qu'il y a vol non seulement à soustraire la chose d'autrui, mais d'une manière générale à faire un acte d'appropriation frauduleuse sur la chose d'autrui, par exemple à vendre sciemment la chose d'autrui.

Cette notion très large du *furtum* explique et implique même que l'ancien droit qui prohibait l'usucapion des *res furtivae* n'ait exigé ni titre ni bonne foi. Mais elle semble rendre difficile de trouver des choses acquises *a non domino* qui aient pu être usucapées[3]. Cependant il y en a. D'abord, dans une opinion qui a prévalu au début de l'Empire, qui a peut-être déjà contribué à faire rendre la disposition de la loi Plautia, le vol ne peut porter que sur les meubles : ce qui fait que l'usucapion sera possible des immeubles enlevés sans violence. Ensuite l'immeuble enlevé par violence, le meuble volé peuvent eux-mêmes être usucapés par le possesseur, à partir du moment où le vice a été purgé, comme il peut

1. *Inst.*, *h. t.*, 2. Julien, *D.*, *h. t.*, 33, *pr.* Cette loi, qui vient, à notre sens, à la fois confirmer et remanier la prohibition déjà portée par les XII Tables, qui, au contraire, d'après M. Huvelin, pp. 270-278, l'aurait pour la première fois introduite, et uniquement pour les *res subreptae* (p. 316, n. 1), c'est-à-dire pour les choses soustraites par opposition aux autres *res furtivae*, simplement détournées, est de la fin du VIe siècle ou du début du VIIe ; car, d'après le texte d'Aulu-Gelle, 17, 7, qui en rapporte la disposition principale (*Textes*, p. 32), elle existait déjà et était encore récente à l'époque des jurisconsultes M'. Manilius, cos. 605, P. Mucius Scaevola, cos. 621, et M. Junius Brutus à peu près contemporain. La citation qu'en fait Cicéron, *Verr.*, 2, 1, 109, à côté des lois Furia de 550-585 et Voconia de 585 conduit aussi à la placer vers la fin du VIe siècle.

2. Gaius, 2, 45. Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 2. Julien, *D.*, *h. t.*, 33, 2 (Lenel, 614). La loi Plautia, dont les dispositions furent reproduites par une loi Julia, ce qui les fait désigner par la formule collective fréquente *lex Plautia et Julia*, est sans aucun doute la loi Plautia *de vi*, rendue postérieurement aux lois criminelles de Sulla, qu'elle vient compléter, mais avant l'an 691, dans lequel elle fut invoquée contre Catilina (Salluste, *Cat.*, 31, 4), peut-être en 677 après la répression de l'insurrection de Lepidus, comme a pensé Mommsen, *Dr. pénal*, 2, p. 373, n. 4, en partant de Cicéron, *Pro Caelio*, 29, 70 ; la loi Julia qu'on lui accole est la loi Julia *de vi publica et privata*, qui est de César ou d'Auguste, qui, à notre avis, fut sans doute proposée par Auguste après une première loi *de vi* moins importante proposée par César (Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 23). Cf. sur elle Girard, *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 322-325. Coroï, *Violence en droit criminel romain*, 1915, pp. 129-131.

3. Gaius, 2, 50-51. Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 3-8.

l'être d'après une règle portée par la loi Atinia et reproduite par la loi Plautia [1] ; or, cela se présente non seulement quand la chose est revenue entre les mains du propriétaire, mais, quoique on l'oublie souvent, à partir du moment où celui-ci a recouvré la possibilité de la réclamer [2]. Enfin un meuble peut sortir des mains du propriétaire et arriver dans celles d'un tiers sans vol, quand la personne qui le vend le fait sans intention de voler, par suite d'une erreur qui peut ici être indifféremment une erreur de fait ou une erreur de droit, ainsi quand l'héritier du dépositaire vend la chose croyant qu'elle appartenait à son auteur, quand l'usufruitier d'une femme esclave vend le petit esclave qui est né, le croyant faussement un fruit (p. 255, n. 7).

Les règles ainsi posées pour l'ancienne usucapion passèrent à la *longi temporis praescriptio* et s'appliquent aux deux sous Justinien. Nous avons déjà vu que la prescription trentenaire s'applique même aux meubles volés, mais non aux choses enlevées par violence. Nous ajouterons qu'aux termes de la novelle 119, celui qui acquiert un immeuble d'un possesseur de mauvaise foi ne peut l'acquérir que par trente ans, absolument par conséquent comme le meuble aliéné par un possesseur de mauvaise foi qui en l'aliénant l'aurait rendu furtif.

3. Le délai durant lequel devait se prolonger la possession était, d'après les XII Tables, d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles, probablement en considération des usages agricoles d'alors [3] ; pour la *longi temporis praescriptio*, de dix ou de vingt ans ou mieux de dix à vingt ans, selon que la prescription courait entre présents ou entre absents ; dans le droit de Justinien, de trois ans pour l'usucapion des meubles, de dix à vingt ans pour la prescription ordinaire des immeubles et de trente ans pour la prescription extraordinaire. A l'expiration de ce délai, la propriété est acquise *jure civili* dans l'usucapion, *jure honorario*, peut-on dire, dans la *longi temporis praescriptio* antérieure à Justinien, et *jure civili* dans toutes deux sous Justinien, à condition que la possession ait persisté pendant toute sa durée. Mais le calcul de ce délai soulève deux questions : celle de l'interruption de la possession, c'est-à-dire des événements qui pourront l'arrêter en rendant inutile le temps déjà acquis, et celle de la jonction de la possession, c'est-à-dire de la mesure dans laquelle on pourra joindre pour le calcul

1. L'introduction de cette règle a été, suivant nous (v. p. 315, n. 1), avec une autre innovation relative à l'*auctoritas* (v. Esmein, *Mélanges*, p. 183, n. 2), le principal motif de la loi Atinia qui confirme la prohibition de l'usucapion de la *res furtiva, nisi in potestatem ejus cui subrepta est revertatur* : Paul, *D.*, *h. t.*, 4, 6. Disposition symétrique de la loi Plautia : Julien, *D.*, *h. t.*, 33, 2.

2. *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 215 : *In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si ejus vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.*

3. Cf. sur le système de culture primitif où la terre reste en jachère un an et ne donne de récolte que tous les deux ans, Olck, dans Pauly-Wissowa, 1, v° *Ackerbau*, pp. 280-282.

à sa propre possession la possession de son auteur, du personnage de qui on tient comme héritier, acheteur, etc. [1].

a) *Interruption* (*usurpatio*). Il y a d'abord une interruption naturelle au cas de perte de la possession [2]. Si la possession vient à être perdue un seul jour, toute la possession passée devient inutile. Alors même que le personnage en train d'usucaper parviendrait à recouvrer la possession qu'il avait perdue, il ne pourrait souder les deux possessions l'une à l'autre. Il lui faudrait commencer une nouvelle usucapion avec les conditions ordinaires, notamment avec la bonne foi au début : la mauvaise foi survenue dans l'intervalle, qui ne l'aurait pas empêché de continuer l'usucapion entamée, l'empêchera de commencer une usucapion nouvelle [3].

Mais c'est un point discuté de savoir dans quelle mesure le droit romain a admis, à côté de l'interruption naturelle, des causes d'interruption civile. Un texte de Cicéron porte à croire que l'ancienne usucapion pouvait, en matière immobilière, être interrompue par un acte formel consistant à briser une branche d'arbre sur le fonds (*surculo defringendo*) [4]. D'autre part, la demande en justice, la *litis contestatio*, qui n'interrompait pas le cours de l'ancienne usucapion [5], est généralement considérée comme ayant au contraire interrompu la *longi temporis praescriptio* [6], et il est probable qu'elle interrompait l'une et l'autre dans le droit de Justinien [7].

1. Au point de vue de la terminologie moderne, il y aurait en outre à s'occuper des causes de suspension, des événements, qui, sans empêcher le temps passé d'être acquis, arrêtent pendant une certaine période le cours de la prescription. Cette solution n'est pas inconnue au droit romain récent, qui l'applique, par exemple, à l'immeuble dotal, aux biens des mineurs ; mais il le fait plutôt en partant de l'idée que le bien est momentanément inaliénable (p. 313, n. 2).

2. Gaius, *D.*, *h. t.*, 5 : *Naturaliter interrumpitur possessio cum quis de possessione vi dejicitur vel alicui res eripitur...* ; *nec quicquam interest is quis usurpaverit dominus sit necne*.

3. Paul, *D.*, *h. t.*, 15, 2.

4. Cicéron, *De orat.*, 3, 28, 110 : *Sed ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videantur*. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 401.

5. La preuve en est que, si le délai de l'usucapion s'est accompli *inter moras litis*, le juge de l'action en revendication, qui doit pour sa décision se reporter au moment de la *litis contestatio*, prescrira au défendeur de transférer la propriété de la chose au demandeur : Gaius, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 18.

6. C'est l'opinion dominante appuyée notamment sur *C.*, 7, 33, *De praescr. l. t.*, 1 ; 2. Mais la doctrine selon laquelle les règles étaient les mêmes que celles de l'usucapion a aussi été fortement soutenue. V. les renvois dans Windscheid, 1, § 180, n. 7.

7. L'existence d'une interruption civile résultant de la demande en justice paraît bien prouvée, pour toutes les prescriptions de son temps, par la constitution *C.*, 7, 40, *De ann. exc.*, 2, où il dit que le même résultat peut être atteint contre les personnes qu'on ne peut poursuivre par une simple déclaration adressée à l'autorité judiciaire. La demande réelle peut malaisément avoir eu moins d'effet que la déclaration qui en tient lieu.

b) *Jonction des possessions*[1]. Logiquement on devait peut-être exiger que la possession qui mène à la propriété ait eu le même titulaire durant tout le délai, dire qu'il y a interruption naturelle quand le possesseur meurt ou se dessaisit de la chose au profit d'un tiers et que par conséquent une possession nouvelle commence avec l'héritier ou l'acquéreur. Le droit romain est arrivé à admettre le contraire soit pour les successeurs à titre universel, soit même pour les successeurs à titre particulier. Mais il n'en faut pas moins faire une distinction profonde entre la *successio in possessionem*[2] établie dès l'époque des jurisconsultes classiques au regard des héritiers et l'*accessio possessionis* qui a fini par être permise aux successeurs à titre particulier.

Le successeur à titre universel, par exemple l'héritier, continue la possession de son auteur, lui succède sans interruption, quand bien même il n'aurait pas pris possession de la chose dès le moment du décès, — car *hereditas jacens sustinet personam defuncti*[3], — à moins qu'il n'y ait eu un acte d'interruption naturelle[4]. Il n'y a pas même réunion des deux possessions ; il y a simplement continuation de la possession première, ce qui fait que l'héritier continuera à usucaper, quand bien même il serait de mauvaise foi, si son auteur était de bonne foi à l'*initium possessionis* et que d'ailleurs, à l'inverse, il ne pourra usucaper, malgré sa bonne foi, si son auteur était alors de mauvaise foi[5]. Et ces solutions sont également vraies en matière d'usucapion et de *longi temporis praescriptio*[6].

Le successeur à titre particulier, acheteur, légataire, etc., commence au contraire une possession nouvelle qui devra grouper toutes les conditions requises[7] ; seulement, en partant des règles admises sur l'interdit *utrubi*, on est arrivé à lui permettre, d'abord en matière de *longi temporis praescriptio*, puis en matière d'usucapion, d'atteindre plus vite le

1. *D.*, 44, 3, *De diversis temporalibus praescr. et de accessionibus possessionum.* Cf. Vangerow, 1, § 322. Zanzuchi, *Archivio*, 1904, pp. 177 et ss., 353 et ss. ; 1906, p. 3 et ss. P. Krueger, *Z. S. St.*, 26, 1905, pp. 144-148.

2. La continuation par l'héritier de la possession de son auteur n'est désignée du nom d'*accessio possessionis* que par un texte, *D.*, 44, 3, *De div. temp. praescr.*, 14, 1, qui, dans sa rédaction première, se rapportait à l'interdit *utrubi* (cf. le § 3 où il admet cette accession de possession au profit du créancier gagiste) et non pas à notre sujet.

3. Neratius, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 40 : *Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est.*

4. Javolenus, *D.*, *h. t.*, 20 : *Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore res a nullo possessa est.*

5. V. pour le premier point, Paul, *D.*, 41, 4, *Pro empt.*, 2, 19, pour le second, Papinien, *D.*, 44, 3, *De div. temp.*, 11.

6. Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 12, donnerait à croire que ces règles n'auraient été étendues que par lui de la *longi temporis possessio* à l'usucapion ; mais cette interprétation est réfutée par les textes cités aux notes précédentes, notamment par celui de Papinien.

7. Paul, *D.*, 41, 4, *Pro empt.*, 2, 17.

terme du délai en joignant à sa propre possession celle de son auteur, si cette dernière est de nature à lui être utile, si cet auteur avait par exemple lui-même pris possession de bonne foi. L'*accessio possessionis* est, à l'époque classique, permise à tous les successeurs particuliers en matière de *praescriptio longi temporis*[1]. Mais elle ne leur est ouverte en matière d'usucapion que beaucoup plus étroitement. Sévère et Caracalla la permirent à l'acheteur[2]. Mais ce fut peut-être tout jusqu'à Justinien[3], qui étendit ce bénéfice à tous les successeurs particuliers sans distinction entre l'usucapion et la prescription[4].

§ 2. — Transmission de la propriété par autorité de justice (*adjudicatio*, etc.).

L'autorité judiciaire a, en principe, pour rôle de reconnaître les droits préexistants et non pas de les déplacer, en matière de propriété, de reconnaître chez qui est la propriété et non pas de la transférer[5]. Cependant il y a quelques cas, dont le plus net et le plus important remonte à l'ancien droit civil, dans lesquels l'autorité judiciaire procède à une véritable transmission de propriété.

Le premier cas est celui de l'*adjudicatio*[6], par laquelle le juge de certaines actions limitativement énumérées, des deux actions en partage (*a. familiae erciscundae*, en partage d'une hérédité, *a. communi divi-*

1. Justinien, *C.*, 7, 31, *De usuc. transf.*, 1.

2. *Inst.*, *h.*, *t.*, 13. Paul, *D.*, 41, 4. *Pro empt.*, 2, 20. Cette solution a été contestée par M. Zanzuchi, selon lequel la constitution ne se serait rapportée qu'à la *praescriptio* et l'extension à l'usucapion n'aurait été faite que par Justinien. V. en sens contraire P. Krueger, pp. 146-148.

3 Aucun des textes des compilations de Justinien qui paraissent donner avant lui à la règle une portée plus large ne se rapporte sûrement à l'usucapion. Ils peuvent tous se rapporter soit à la *longi temporis praescriptio*, soit en particulier à l'interdit *utrubi* avec lequel la corrélation première de beaucoup d'entre eux est établie tantôt par la place qu'ils occupaient dans les ouvrages originaux de leurs auteurs : v. par ex. Venuleius, *D.*, 44, 3, *De div. temp. pr.*, 15, 1-6 (*libro 5 interdictorum*, Lenel, 24) ; Ulpien, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 13 (*lib. 72 ad ed.*, Lenel, 1624), tantôt par l'incorrection du transfert de leurs solutions à la prescription acquisitive ; ainsi *D.*, 44, 3, *De div. temp. pr.*, 14 (v. p. 318, note 2), ainsi encore *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 13, qui admet l'accession de la possession de personnes qui ne peuvent usucaper, § 7, de celle du précariste, § 9, de celle d'un acquéreur de mauvaise foi. Ulpien, *D.*, 23, 3, *De j. d.*, 3, 7, signalé par Krueger, p. 147, en matière d'usucapion *pro dote*, peut être relatif à la *longi temporis praescriptio*.

4. *C.*, 7, 31, *De usuc. transf.*, 1.

5. Nous ne considérons comme faisant exception ni la revendication du droit ancien où le magistrat fait une *addictio* faute de *contravindicatio* du demandeur, malgré l'usage abusif qui en a été fait en matière d'*in jure cessio* (en notre sens, Wlassak, dans Pauly-Wissowa, 1, 1, 1894, v° *Addicere* ; en sens contraire, Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, p. 40, n. 3), ni celle du droit de toutes les époques où, par suite d'un mal jugé, le non propriétaire se trouve en fait mis dans la situation d'un propriétaire en face de son adversaire ; car même alors le jugement est légalement déclaratif et non constitutif d'un droit nouveau (cf. *D.*, 8, 5, *Si serv.*, 8. 4).

6. Cf. Wlassak, dans Pauly-Wissowa, 1, 1, v° *Adjudicatio*, p. 342.

dundo, en partage d'autres biens indivis), et de l'action en bornage (*a. finium regundorum*) a le pouvoir de transférer la propriété : dans les actions en partage, afin de faire cesser l'indivision ; dans l'action en bornage, quand cela lui paraît avantageux pour donner aux immeubles des limites plus ostensibles et plus régulières[1]. Aussi bien en matière de partage qu'en matière de bornage, les parties pourraient, si elles étaient d'accord, arriver au résultat par les modes ordinaires d'aliéner. Quand elles ne sont pas d'accord, l'autorité judiciaire, saisie par l'une d'elles de la demande en partage ou en bornage, fait à leur place ce qu'elles auraient dû faire. Elle détermine les limites et au besoin elle les perfectionne par un petit déplacement de propriété dans l'action en bornage, où l'*adjudicatio* n'est donc qu'un accident[2]. Elle déplace toujours la propriété dans l'action en partage, dont le but direct est de faire cesser l'indivision et où par conséquent il y a toujours *adjudicatio* : elle supprime la propriété indivise existant concurremment au profit de chaque copropriétaire sur chaque molécule des choses communes, soit pour attribuer aux divers intéressés la propriété exclusive de lots égaux (partage en nature), soit pour leur attribuer des lots inégaux dont la différence de valeur sera balancée par des indemnités pécuniaires (partage avec soulte)[3], soit pour attribuer les biens communs à un seul des intéressés[4] qui devra une indemnité à tous les copropriétaires dépouillés (licitation). Partout, l'adjudication, enlevant aux divers communistes leur part de propriété sur celles des choses indivises qu'ils ne gardent pas, transfère la propriété[5] et elle la transfère, comme les parties auraient pu le faire par les modes volontaires, en laissant subsister les charges réelles qui portent sur les choses[6] et à condition que ces choses fussent en réalité la propriété des parties[7].

On doit même noter que l'adjudication peut, comme les modes volontaires, transférer, à l'époque classique, tantôt la propriété quiritaire et

1. Ulpien, 19, 16. Gaius, 4, 42, d'où il résulte que le mot *adjudicatio* désigne en même temps que le pouvoir du juge de transférer la propriété et le mode d'acquérir corrélatif, la clause de la formule qui confère ce pouvoir au juge dans la procédure formulaire.

2. *Inst.*, 4, 17, *De off. jud.*, 6.

3. *Inst.*, 4, 17, *De off. jud.*, 4.

4. A un seul des intéressés : *Inst.*, 4, 17, *De off. jud.*, 5. Même à un tiers : *C.*, 3, 37, *Comm. div.*, 3, 1.

5. C'est par une fiction introduite à la fois dans un but fiscal et pour éviter les recours entre héritiers et maintenue au second point de vue que le partage est aujourd'hui considéré comme déclaratif (C. civ., art. 883).

6. Notamment celles qui auraient été consenties pendant l'indivision par un propriétaire sur sa part indivise, *D.*, 33, 2, *De usufr.*, 31 ; *D.*, 10, 3, *Comm. div.*, 6, 8. Dans le système du partage déclaratif, les droits réels consentis par un communiste sur les biens qui ne lui sont pas attribués et qui par suite sont réputés ne lui avoir jamais appartenu se trouvent au contraire naturellement anéantis, comme le proposait Trebatius, d'après le premier texte.

7. *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 17.

tantôt seulement la propriété prétorienne. Elle transfère la propriété quiritaire des choses sur lesquelles elle porte, que ces choses soient *mancipi* ou *nec mancipi*, si l'instance au cours de laquelle elle est faite est un *judicium legitimum*, c'est-à-dire un procès organisé à Rome ou dans sa banlieue immédiate, entre citoyens romains, devant un *unus judex* citoyen romain. Quand l'une de ces conditions manque, il n'y a pas *judicium legitimum* et la propriété n'est pas déplacée *jure civili*. Il y a seulement un *judicium* basé sur l'*imperium* du magistrat, un *judicium quod imperio continetur* et la propriété n'est transférée qu'aux yeux de ce magistrat, que *jure praetorio* [1].

De la propriété prétorienne ainsi transférée *imperio magistratus*, on peut, croyons-nous, rapprocher celle transférée non pas par une décision du juge, mais par une décision du magistrat, dans un second et dans un troisième cas : en matière de *damnum infectum*, quand le propriétaire d'un immeuble qui menace ruine ayant refusé de donner caution de réparer le préjudice éventuel et ayant persisté dans son refus malgré un premier décret par lequel, pour peser sur sa volonté, le préteur avait envoyé le plaignant en possession de l'immeuble, le préteur rend un second décret qui met le plaignant *in causa usucapiendi* et lui donne la propriété prétorienne [2] ; — en matière d'action noxale, quand, l'esclave ou l'animal du chef duquel existe une action noxale n'étant défendu par personne, le demandeur l'emmène avec une autorisation du magistrat (*ductio jussu praetoris*) qui le met *in causa usucapiendi* et lui donne la propriété prétorienne [3].

§ 3. — **Transfert de la propriété par la loi.**

La propriété peut en outre, d'après les jurisconsultes romains, être transférée à titre particulier par la toute puissance de la loi (*lege*). Ulpien cite comme exemples les *caduca* et les *ereptoria*, dispositions au profit d'indignes ou d'incapables dont la loi Papia Poppaea transfère la propriété à d'autres, et le legs *per vindicationem* dont, dit-il, la propriété est transférée au légataire par la loi des XII Tables [4]. On peut encore citer : 1° la règle du droit impérial qui transfère au fisc ou aux publicains la propriété des choses saisies par la douane (*commissa*) [5] ; 2° la disposition d'un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle selon laquelle le

1. La preuve que l'adjudication transfère parfois seulement la propriété prétorienne résulte de Paul, *D.*, 10, 2, *Fam. erc.*, 44, 1. Le critérium tiré du caractère du *judicium* est révélé en matière de constitution d'usufruit par Paul, *F. V.*, 47 *a*.
2. *D.*, 39, 2, *De damno infecto*, 15, 16 ; 18, 15.
3. *D.*, 9, 4, *De nox. act.*, 26, 6. Cf. pourtant les objections de Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 421.
4. Ulpien, 19, 17.
5. *D.*, 39, 4, *De publicanis*, 11, 2 ; 14. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, p. 130 et ss.

copropriétaire d'une maison qui l'a réparée et à qui son copropriétaire ne restitue pas dans les quatre mois sa part de la dépense et les intérêts, acquiert la part de ce copropriétaire [1] ; 3° la décision de Valentinien, Théodose et Arcadius de l'an 389 selon laquelle celui qui reprend sa chose par la force à un tiers détenteur au lieu de la lui réclamer judiciairement en perd la propriété au profit de ce tiers [2] ; 4° une autre constitution des mêmes empereurs selon laquelle la propriété d'un immeuble sujet à l'impôt et frugifère, abandonné par son propriétaire, passe au bout de deux ans à celui qui le met en culture [3].

SECTION IV. — **Modes originaires d'acquérir.**

Le seul cas absolument incontesté d'acquisition par un mode originaire est l'occupation, l'acquisition par la prise de possession de choses qui n'appartiennent à personne. Mais nous étudierons à côté d'elle un certain nombre de cas plus ou moins certains d'acquisition de la propriété dans lesquels la doctrine de nos anciens auteurs suivie par le Code civil et encore défendue en partie par quelques interprètes voyait une acquisition originaire par accession : l'acquisition qui résulte de la transformation de la matière par le travail, de la spécification ; l'acquisition des produits organiques des choses, en particulier des fruits ; enfin l'acquisition qu'on prétend résulter du rapprochement de deux choses et à laquelle certains commentateurs réservent, dans un sens plus étroit, le nom d'accession. On remarquera que, dans tous les cas où ces événements entraînent une véritable acquisition de propriété nouvelle, l'acquisition est rattachée par les jurisconsultes au droit naturel ou au droit des gens. Cela n'empêche évidemment pas la propriété qu'elle procure d'être dans le droit de Justinien la propriété civile ; mais on suppose souvent [4] qu'il en a été ainsi dès le droit classique, et jusque dans le plus

1. *D.*, 17, 2, *Pro socio*, 52, 10.
2. *C.*, 8, 4, *Unde vi*, 7.
3. *C.*, 11, 59 (58), *De omni agro deserto*, 8.
4. V. en particulier Czyhlarz, dans Glück, série des livres 41 et 42, 1, 1887, pp. 12-19 et, pour l'occupation, pp. 198-206. Nous ne faisons ici qu'appliquer les principes posés plus haut. Nous ne croyons pas qu'à l'époque primitive la propriété quiritaire ait pu être acquise autrement que par un mode civil ; plus tard elle a pu être acquise sur les *res nec mancipi* par les modes de droit des gens ; mais, pour les *res mancipi*, les modes de droit des gens n'ont pu que mettre en situation de les usucaper et plus tard en faire acquérir la propriété prétorienne. Il est, par exemple, impossible de discerner pourquoi l'on deviendrait propriétaire quiritaire d'une *res mancipi* quand on s'en empare sans la tenir de personne et on en deviendrait seulement propriétaire prétorien quand on la prend du consentement du propriétaire (v. pour l'occupation de l'esclave abandonné, la démonstration de P. Bonfante, *R. it. per le sc. giur.*, 17, 1894, pp. 128-140 ; la contestation d'Ad. Berger, *In tema di derelizione*, Rome, 1915, et la courte réplique de G. Rotondi, *Rendiconti dell'Ist. Lomb.*, 48, 1915, p. 720, n. 1). L'ar-

ancien droit. A notre sens, au contraire, ces modes de droit naturel, voisins de la tradition, qui, pour une bonne part, ne remontent d'ailleurs pas au delà des débuts de l'Empire, n'ont pas dû pouvoir plus que la tradition donner la propriété civile des *res mancipi* à l'époque classique et ils n'ont même pas dû, auparavant, donner celle des *res nec mancipi* plus tôt que la tradition.

§ 1. — Occupation.

L'occupation est l'acquisition d'une chose qui n'appartient à personne résultant de la prise de possession de cette chose [1]. Elle suppose donc, d'une part, que la chose n'a pas de maître, et, d'autre part, qu'on en prend possession. L'occupation s'applique principalement aux choses qui n'ont jamais eu de propriétaire romain : 1° d'abord aux choses prises à l'ennemi (*res hostiles*), qui n'ont pas légalement de propriétaire, mais qui, avons-nous déjà vu (p. 290), deviennent la propriété de l'État et non des soldats, quand elles constituent le butin d'une guerre régulière, qui par conséquent ne sont acquises à un particulier par occupation que quand elles se trouvent sur le sol romain au moment de l'explosion de la guerre ou quand elles sont prises chez un étranger non allié, au cours d'une expédition de partisans [2] ; 2° ensuite aux choses qui n'ont véritablement jamais eu de propriétaire, comme sont les îles nées dans la mer et plus pratiquement les perles trouvées sur ses rives, le gibier pris à la chasse, le poisson pris à la pêche [3].

La notion de l'occupation paraît avoir été appliquée moins nettement aux choses qui n'ont plus de propriétaire et qui sont, d'une part, les choses abandonnées par leur propriétaire (*res derelictae*) et, d'autre part, le trésor (*thesaurus*), c'est-à-dire, dans la notion récente [4], les choses en-

gument classique en sens contraire est tiré de ce que les Romains *maxime sua esse credebant quae ceperant ex hostibus* (Gaius, 4, 16) ; mais il disparaît quand on sait que l'*occupatio bellica* procède normalement au profit de l'Etat.

1. Gaius, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 3, *pr.*

2. V. pour les premières, Celse, *D.*, *h. t.*, 51 ; c'est des secondes qu'il faut entendre Gaius, *D.*, *h. t.*, 5, 7.

3. Ile née dans la mer : *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 22. Objets trouvés sur le rivage : *Inst.*, *h. t.*, 18. Animaux pris à la pêche ou à la chasse : *Inst.*, *h. t.*, 12-16. L'animal n'est, dans l'opinion qui a prévalu, considéré comme en la possession du chasseur et par conséquent comme acquis par occupation que quand la capture matérielle en est accomplie. En revanche, peu importe qu'il soit pris sur le terrain d'autrui. Le propriétaire du terrain pourrait seulement intenter contre celui qui chasserait chez lui malgré sa défense l'action d'injures et peut-être l'interdit *uti possidetis* dans sa troisième fonction (p. 285). Mais il n'a pas le droit de revendiquer le gibier, ni de poursuivre le chasseur comme voleur.

4. Sur une autre notion plus ancienne où le trésor serait tout simplement une chose cachée, v. *D.*, 10, 2, *F. E.*, 22, *pr.* (Labéon), *D.*, 34, 2, *De aur. arg.*, 39, 1 (Labéon), *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 3, 3 (Brutus, Manilius) et les autres textes cités par Pernice, *Labeo*, 1, p. 334, n. 7.

fouies ou cachées depuis si longtemps que personne ne peut plus établir sa propriété sur elles [1].

Pour les choses abandonnées, qu'il ne faut naturellement pas confondre avec les choses perdues ni avec celles dont le propriétaire a dû se dépouiller sous le coup d'une force majeure [2], Justinien dit bien que l'acquisition a eu lieu par occupation [3] ; mais il y avait controverse entre les Sabiniens et les Proculiens [4].

Quant au trésor [5], la plupart des interprètes le considèrent comme acquis par occupation à celui qui le trouve et voient dans les dispositions donnant certains droits au propriétaire sur lui des limitations du droit positif récent. Mais l'ancien droit le considérait probablement plutôt comme appartenant au propriétaire du fonds [6], en sorte que l'innovation [7] aurait au contraire consisté à donner sur lui à l'inventeur non propriétaire un droit qui n'est pas fondé sur l'occupation et qui n'exige donc pas ses conditions [8]. C'est peut-être ce second point de vue qui explique le mieux les solutions certaines [9], d'après lesquelles l'inventeur ne devient propriétaire de rien quand il a fait des fouilles sur le terrain d'autrui sans l'aveu du propriétaire et, sauf une difficulté relative aux fonds religieux [10], devient seulement propriétaire de la moitié du trésor quand il le trouve sur le bien d'autrui.

1. *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 31, 1 : *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cujus non exstat memoria ut jam dominum non habeat.*

2. *Inst.*, *h. t.*, 48.

3. *Inst.*, *h. t.*, 47. V. Ad. Berger, *In tema di derelizione.*

4. Les Proculiens admettaient que la propriété n'était perdue que quand le tiers prenait possession de la chose : *D.*, 41, 7, *Pro derelicto*, 2, 1 ; ce qui, nous semble-t-il, concorde mieux avec l'idée d'une tradition qu'avec celle d'une occupation. En ce sens, Czyhlarz, dans Glück, livres 41-42, 1, 1887, p. 113. Cf. Ad. Berger, *In tema di derelizione*, p. 28 et ss. — Il en est de même, à plus forte raison, des *missilia*, c'est-à-dire des présents jetés à la foule par les magistrats (*Inst.*, *h. t.*, 46), dans lesquels on a encore voulu voir des choses abandonnées par leur propriétaire et acquises ensuite par occupation (Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, p. 108 et ss.), mais qui présentent, croyons-nous, un cas de tradition *personis incertis*, duquel précisément pour cela les Proculiens rapprochaient la *derelictio*. Cf. Czyhlarz, *op. cit.*, p. 106 et ss.

5. Cf. Czyhlarz, *op. cit.*, p. 207 et ss. ; Bonfante, *Mélanges Girard*, 1, pp. 123-142.

6. Brutus et Manilius, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 3, 3. Plaute, *Trinumnus*, 1, 2, 104 et ss.

7. Faite par Hadrien : *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 39.

8. Ainsi il acquiert son droit par sa découverte même, quand bien même d'autres le devanceraient dans la prise de possession ; car ce n'est pas à l'occupant mais à l'inventeur (*Inst.*, *h. t.*, 39 : *Inventoris esse* ; *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 31, 1 : *Fit ejus qui invenerit* ; *D.*, *h. t.*, 63, 1 : *Inventori cedit*) qu'est accordée l'acquisition.

9. *Inst.*, *h. t.*, 39. *C.*, 10, 15, *De thesauris*, 1.

10. D'après Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 39, l'inventeur y deviendrait propriétaire du tout aux termes de la décision d'Hadrien, sans doute parce que ces biens n'ont pas de propriétaire auquel puisse revenir la propriété de l'autre moitié. D'après

§ 2. — Spécification [1].

La théorie de la spécification suppose qu'une personne a pris une chose, notamment une chose appartenant à autrui, et a donné par son travail à cette substance une forme nouvelle, a créé une *nova species* (*speciem novam fecit*), a fait du vin avec des raisins, un vase avec du métal, une barque avec des planches, etc. [2]. La question qui se pose est de savoir si l'objet ainsi confectionné est toujours l'objet ancien, qui appartiendrait alors forcément toujours à l'ancien propriétaire, ou si c'est un objet nouveau pour lequel on pourrait concevoir qu'il eût aussi un maître nouveau.

Il est à croire que les anciens jurisconsultes considéraient, sans raffinements doctrinaux, l'objet comme étant toujours le même. Plus tard [3], les Proculiens ont, en vertu d'une analyse plus délicate, soutenu que c'était un objet nouveau et qu'il devait appartenir à l'ouvrier, soit en disant que celui-ci l'avait acquis par occupation, soit peut-être simplement en partant de l'idée qu'une chose doit être à celui qui l'a faite [4]. En face de cette doctrine nouvelle, les Sabiniens, probablement sans nier qu'il y eût un objet nouveau [5], ont refusé d'admettre l'acquisition de l'œuvre par l'ouvrier et ont soutenu que la chose nouvelle devait appartenir au propriétaire de la chose ancienne. Mais on est arrivé, dès l'époque classique, à une doctrine intermédiaire qui est un triomphe partiel de la doctrine proculienne et qui attribue la chose nouvelle à l'ouvrier et qui l'a faite, mais seulement à condition qu'elle puisse revenir à son ancienne forme (que ce soit par exemple du vin fait avec le raisin d'autrui et non pas un vase fait avec le métal d'autrui [6]), peut-être en

Callistrate, *D.*, 49, 14, *De jure fisci*, 3, 10, qui invoque une décision de Marc-Aurèle et L. Verus, l'inventeur du trésor trouvé dans un de ces fonds ne devient propriétaire que de la moitié et l'autre moitié appartient au fisc, comme cela a lieu pour le trésor trouvé dans un fonds appartenant au peuple ou à l'empereur.

1. Cf. C. Ferrini, *B. Ist. D. R.*, 2, 1889, pp. 142-247. Czyhlarz, dans Glück, série des livres 41 et 42, 1, 1887, pp. 249-286. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 320-328. Sokolowski, *Philosophie im Privatrecht*, 1, 1902, pp. 69-111.

2. Mais cette théorie est hors de cause quand il a simplement teint une étoffe, ou, quoi qu'en dise maladroitement Justinien, *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 25, quand il a simplement tiré du blé des épis qui le contenaient ; cf. *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 7, 7, *in fine*. V. aussi sur la mention maladroite de la *textura* aux *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, § 26, C. Arno, *Mélanges Girard*, 1, pp. 27-34.

3. V. sur les diverses doctrines, Gaius, 2, 79, et *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 7, 7 (Lenel, 491). *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 25.

4. On invoque dans le premier sens, *D.*, *h. t.*, 7, 7, où la doctrine proculienne est exposée comme attribuant la propriété à l'ouvrier, *quia quod factum est antea nullius fuerat*. Mais les textes attribuent la chose à *is qui fecit* et non pas au premier occupant qui pourrait à la rigueur être un autre que l'ouvrier.

5. La négation de la prémisse de l'opinion opposée paraîtrait d'une dialectique assez vraisemblable ; mais les textes où Gaius expose l'opinion sabinienne semblent bien admettre l'existence d'une chose nouvelle.

6. Cette opinion mixte est exposée dans le Digeste sous le nom de Gaius qu'on

outre à cette seconde condition que le spécificateur soit de bonne foi [1]. C'est le système qui a passé dans les compilations de Justinien [2].

On admet d'ordinaire que, quand le spécificateur devient propriétaire de la chose nouvelle produite par son travail, ce n'est qu'à charge d'indemnité envers le propriétaire de la chose ancienne : celui avec le raisin duquel a été fait le vin aura, dit-on, en dehors des actions plus avantageuses qu'il pourrait tirer de circonstances particulières, une action (*condictio ? vindicatio utilis ?*) pour réclamer la valeur de sa chose [3], comme à l'inverse, au cas où la chose nouvelle reste au propriétaire de l'ancienne [4], au cas de vase fait avec le métal d'autrui, l'ouvrier pour-

fait même l'approuver (*recte*) par une interpolation évidente ; mais il n'est pas sûr qu'elle eût déjà été exprimée à son époque (sur les textes de Pomponius, v. Ferrini, p. 231 et ss.). Elle est formulée par Paul, *D.*, *h. t.*, 24.

1. L'existence de cette seconde condition paraît établie : 1° par un texte de Paul, *D.*, 10, 4, *Ad exhib.*, 12, 3 (Lenel, 404), qui, donnant l'action *ad exhibendum* à raison de la spécification faite par un ouvrier de certaines choses *cum sciret haec aliena esse*, l'explique par les mots : *quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est* ; M. Lenel croit interpolés les mots *cum sciret haec aliena esse* où il y a certainement un solécisme (il s'agit d'*uvae*, d'*olivae* et de *lana*) : mais d'abord cela prouverait le système pour le droit de Justinien ; ensuite, cela ferait adopter à Paul la doctrine sabinienne qu'il rejette, *D.*, *h. t.*, 24, précisément pour les choses qui, comme celles dont il s'agit là, ne peuvent être ramenées à leur forme première ; 2° par des textes qui donnent, au cas de vol, au propriétaire de la matière, pour réclamer non pas seulement la chose ancienne, mais la chose nouvelle, la *condictio furtiva* qui n'appartient cependant qu'au propriétaire : v. notamment Ulpien, *D.*, 47, 2, *De furtis*, 52, 14, rapproché de *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 1 : *Soli domino competit* ; cf. cependant A. Pernice, p. 324 et ss.

2. *Inst.*, *h. t.*, 25, où Justinien ajoute ce correctif que la chose nouvelle appartiendra sans distinction à l'ouvrier, s'il était propriétaire d'une partie de la chose ancienne.

3. Les arguments de textes sont, à ce sujet, beaucoup plus clairsemés qu'on n'a souvent l'air de croire. Gaius, 2, 79, et Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 25, donnent au propriétaire l'*actio furti* et la *condictio furtiva* au cas de vol par le spécificateur qui n'empêche pas la spécification dans la doctrine proculienne, mais qui l'empêchait à peu près toujours (à moins que le spécificateur ne fût propriétaire d'une partie de la chose) dans la doctrine intermédiaire admise sous Justinien (n. 2). Mais la question est de savoir quelle action donner contre le spécificateur qui devient propriétaire sans avoir commis de vol comme cela peut arriver dans les deux doctrines. On a pensé : 1° à une *condictio sine causa* et on a voulu entendre dans ce sens les textes de Gaius et de Justinien qui permettent de réclamer par *condictio*, *furibus et quibusdam aliis possessoribus* ; mais l'ordre d'idées dans lequel est en particulier Gaius ne permet guère d'entendre cela autrement que des possesseurs dans un rapport d'analogie avec les voleurs ; cf. de Ihering, *Œuvres choisies*, 1, 1893, pp. 307-314 ; 2° à une action *utilis*, sans doute à une revendication utile, qui est donnée, *D.*, 24, 1, *De don. int. v. et ux.*, 30, au mari contre la femme qui s'est fait faire des vêtements avec la laine donnée par lui ; mais l'admission de la revendication utile peut tenir là à la prohibition des donations entre époux et non au droit commun de la spécification (cf. cependant Erman, *Z. S. St.*, 13, 1892, p. 216, n. 2). — On doit au reste remarquer que l'absence de recours, après la spécification, comme, pourrait-on dire, après l'usucapion, se concilie au moins assez bien avec la doctrine où il y a acquisition d'une *res nova*.

4. Le propriétaire de la chose ancienne, resté propriétaire de la chose nouvelle, est naturellement très bien protégé dans tous les systèmes : il a la revendication de la chose nouvelle et, dans le droit impérial, si le défendeur a cessé par dol de

suivi en restitution par le propriétaire de la matière pourra probablement demander par une exception, s'il est de bonne foi, le remboursement de la plus-value créée par lui ou du prix de son travail conformément aux principes que nous verrons pour les constructions faites sur le terrain d'autrui.

§ 3. — Acquisition des produits organiques des choses[1].

En principe, tout ce qui est produit par une chose appartient à son propriétaire. Il est propriétaire des produits par là même qu'il est propriétaire de la chose, tant qu'ils n'ont pas d'existence distincte ; mais il continue à l'être, en vertu de sa propriété, sans même probablement qu'il y ait dans la notion romaine une véritable acquisition nouvelle, lorsqu'ils s'en séparent, lorsque par exemple, par la séparation, les produits d'un immeuble se transforment en meubles distincts.

Le principe d'après lequel les produits de la chose appartiennent à son propriétaire est, en règle générale, vrai pour tous les produits. Mais il y a une catégorie de produits pour lesquels il comporte des dérogations. Ce sont, par opposition aux produits au sens strict, les fruits (*fructus*), c'est-à-dire les produits particuliers que la chose est destinée à produire et reproduire périodiquement (p. 255). Les fruits appartiennent aussi au propriétaire[2] ; mais ils peuvent appartenir à d'autres personnes, soit en vertu d'un fait matériel, soit en vertu d'un acte juridique. Ils appartiennent en vertu d'un acte juridique constitutif de droit réel ou personnel, à l'usufruitier, au fermier ; en vertu d'un fait matériel, au possesseur de bonne foi.

I. Acquisition des fruits par le fermier[3]. — Le propriétaire de la chose, en la donnant à bail, s'est engagé à en procurer la jouissance au fermier, par conséquent à lui en laisser percevoir les fruits. Au moment où le fermier fait cette perception, où il prend possession des fruits du consentement du propriétaire, il en acquiert la propriété, non pas par un mode distinct, mais par tradition[4]. Au contraire le locataire à long terme, le locataire de l'*ager vectigalis* en droit classique, l'emphytéote en droit byzantin, ayant, verrons-nous, sur la chose, un droit calqué sur celui du propriétaire, acquiert les fruits par un mode séparé et modelé sur le mode

posséder la chose ancienne, l'action *ad exhibendum* donnée contre celui *qui dolo desiit possidere*.

1. Cf. Goeppert, *Ueber die organischen Erzeugnisse*, 1869.

2. *Inst.*, *h. t.*, 19. Julien, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 24, *pr.* : *Omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur*.

3. Cf. Debray, *N. R. H.*, 1909, pp. 666-684.

4. *D.*, 47, 2, *De furt.*, 62, 8. *D.*, 39, 5, *De donat.*, 6. Par conséquent, ainsi que le dit le dernier texte, si le bailleur changeait d'avis avant la perception, le fermier, n'étant plus dans les conditions de la tradition, n'acquerrait pas les fruits ; le bailleur serait seulement responsable envers lui en vertu du contrat de louage.

bonne foi est, dans le droit de Justinien, compliqué, depuis une date discutée, par une restriction. Le possesseur de bonne foi, qui devient propriétaire des fruits par la séparation, est débiteur, en face du propriétaire de la chose, de ceux qu'il n'a pas encore consommés au jour où le propriétaire revendique la chose contre lui. Le propriétaire ne peut lui réclamer les fruits déjà consommés (*fructus consumpti*) ; mais il peut lui réclamer en même temps que la chose les fruits existants (*fructus exstantes*)[1].

Ce système est très critiquable en raison ; le motif qui justifie le mieux l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi s'applique également, qu'il les ait consommés ou non ; car, dans les deux cas, il s'est cru plus riche et, s'il n'a pas consommé ceux-là, il en a peut-être consommé d'autres, précisément en comptant sur les premiers. En pratique, il est très illogique et compliqué ; car ce n'est guère la peine de rendre le possesseur propriétaire des fruits au moment de la séparation pour le mettre approximativement dans la situation où il serait s'il n'était pas devenu propriétaire, pour une chose d'autrui quelconque, qu'il devrait rendre s'il l'avait encore entre les mains, qu'il ne serait plus tenu de rendre s'il avait cessé de la posséder sans dol, si par exemple il l'avait consommée de bonne foi[2]. Par là même, le système apparaît plutôt comme le produit d'une juxtaposition de solutions opposées faite à des époques différentes, que comme une création harmonique et réfléchie. Cependant des textes du Digeste de Justinien représentent l'obligation de restituer les fruits non consommés comme imposée au possesseur de bonne foi par les mêmes jurisconsultes classiques qui lui ont reconnu la propriété des fruits. Mais parmi ces textes il y en a plusieurs où l'on voit très clairement que les solutions des jurisconsultes ont été remaniées pour restreindre le profit de la bonne foi aux fruits

1. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 35 : *Et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo* (*bonae fidei possessore*) *consumptis agere non potest.* On a parfois voulu déduire de là soit que le possesseur de bonne foi de la chose n'aurait aussi que la possession de bonne foi des fruits (c'est la doctrine de Savigny, *Possession*, § 220), soit au moins qu'il en obtiendrait seulement une propriété intérimaire. Mais ces deux conceptions sont en désaccord avec les textes v. seulement *Inst., h. t.*, 35 : *Placuit fructus... ejus esse* et Gaius, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 28 : *Pleno jure fiunt*). Il en devient propriétaire définitif et complet, capable de les aliéner, de les hypothéquer. Seulement, comme il arrive à beaucoup d'autres acquéreurs de la propriété, à l'emprunteur de deniers auxquels on en transfère la propriété, au mari à qui on transfère la propriété de la dot, il devient débiteur de la chose dont il a acquis la propriété ; il ne sera libéré de cette dette, il ne bénéficiera de la valeur de la chose qu'au jour où il l'aura consommée, comme, a-t-on dit, en droit classique, le mari, devenu propriétaire de la dot par la constitution de dot, ne la gagne définitivement que si le mariage est dissous par un événement qui le dispense de la restituer.

2. Ce système a cependant été défendu assez récemment par M. Petrazycki, *Fruchtverteilung*, 1892, p. 416 et ss. ; mais voir en sens contraire A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 363, n. 3.

consommés[1]. Cela suffit pour prouver qu'à l'époque de ces jurisconsultes et en dépit d'autres textes retouchés plus adroitement, la règle qu'on a eu besoin de leur attribuer n'existait pas encore.

En revanche on a pensé à peu près unanimement, jusqu'aux dernières années, que le système nouveau existait sans aucun doute au temps de Dioclétien et même un peu auparavant, à raison d'une constitution de 294, insérée au Code de Justinien, qui en déclare l'existence constante[2]. Mais nous possédons des textes purs qui supposent le maintien du système ancien à une époque postérieure, jusqu'en l'an 369. Il est donc à croire que la constitution de l'an 294 elle-même n'a été rapportée à la restitution des fruits dans la revendication que par les compilateurs et que le système, qui, en revenant sur la doctrine classique, a déclaré le possesseur de bonne foi comptable des fruits jusqu'à leur consommation, s'est introduit seulement après l'an 369[3].

§ 4. — Rapprochement de deux choses.

Il nous reste à traiter des mutations apparentes ou réelles apportées à la propriété par le rapprochement de plusieurs choses. — Ce sont les cas où l'on a le plus fréquemment soutenu qu'une chose accessoire étant

1. V. en ce sens Pellat, *De a propriété,* 1853, p. 306 et ss. Alibrandi, *Teoria del possesso*, 1871, p. 126 et ss. A. Pernice, p. 357 et ss. Czyhlarz, p. 571 et ss. Nous relèverons seulement le texte d'Africain (citant Julien), *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 40, où la règle *fructus suos facit bona fide possessor* a été modifiée par l'intercalation de *consumptos* pour faire dire au jurisconsulte que le possesseur *fructus consumptos suos facit.* C'est un langage qui ne peut avoir été tenu par le jurisconsulte, d'abord parce que c'est par la séparation et non par la consommation que le possesseur devient propriétaire, ensuite parce qu'il y a une contradiction de langage à dire que quelqu'un *devient* propriétaire d'une chose quand elle a été consommée, après qu'elle a été détruite, parce que le jurisconsulte eût dit tout au plus que *consumendo fructus suos facit.*

2. *C.*, 3, 32, *De R. V.*, 22 : *Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero exstantes, post litis autem contestationem universos.*

3. C'est à M. de Czyhlarz que revient le mérite d'avoir appelé l'attention de tous sur la constitution de Valentinien et de Valens, *C. Th.*, 4, 18, *De fructibus,* 1. Elle expose encore purement et simplement en l'an 369 le système du droit classique, d'après lequel le possesseur de mauvaise foi, le *praedo* doit les fruits *ex die invasi loci* et celui qui *simpliciter tenet*, c'est-à-dire, par opposition, le possesseur de bonne foi, les doit seulement depuis le commencement du procès : *Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur* ; *ei vero qui simpliciter tenet ex eo, quo, re in judicium deducta, scientiam malae possessionis accepit.* Ce langage est incompatible avec le système d'après lequel le possesseur de bonne foi doit les fruits non seulement depuis le commencement du procès, mais depuis chaque séparation à moins de les avoir consommés, et l'incompatibilité est d'autant plus manifeste que précisément par suite la constitution n'a passé que tout à fait mutilée dans le Code de Justinien, *C.*, 7, 51, *De fructibus*, 2 ; quant à la constitution de 294, elle pouvait, dans sa destination première, se rapporter par exemple à la pétition d'hérédité où les possesseurs de bonne et de mauvaise foi sont régis par des règles de ce genre depuis le sénatus-consulte Juventien de l'an 129 ap. J.-C.

jointe à une chose principale en laquelle elle s'absorbe légalement, il y a une acquisition de propriété produite par un mode de droit des gens appelé l'accession (*accessio*). — Une doctrine d'une ingéniosité plus subtile soutient qu'il y a alors une acquisition de propriété résultant non pas d'un mode spécial, mais d'une occupation qui présenterait cette seule particularité d'être faite par la chose principale au lieu de l'être par son propriétaire. — A notre sens, il n'y a pas alors, dans les idées romaines, de véritable acquisition de propriété nouvelle, mais un simple accroissement de l'objet d'un droit de propriété préexistant, une simple extension matérielle d'une chose qui reste toujours la même, bien qu'elle se trouve momentanément ou définitivement accrue par suite de la disparition temporaire ou irrévocable d'une autre chose.

On peut, sous ce rapport, distinguer trois hypothèses désignées commodément par le nom inexact de rapprochement de deux immeubles et par les noms plus exacts de rapprochement de deux meubles et de rapprochement d'un meuble et d'un immeuble. Ce sont celles des modifications produites dans les immeubles par le jeu des eaux courantes, des modifications produites dans les meubles par leur jonction, leur confusion et leur mélange et de celles produites dans les immeubles par les constructions, les plantations et les semailles[1].

I. Rapprochement des immeubles. — Les changements produits par le jeu des eaux courantes dans les immeubles riverains des fleuves publics[2] sont ceux où l'on pourrait le mieux voir, d'après le fond des choses et le langage des jurisconsultes, la source de véritables acquisitions de propriété[3]. Cependant on peut à la rigueur ramener leurs effets à l'idée d'extension d'une propriété préexistante et une doctrine assez répandue en France lève toute difficulté en y voyant la conséquence d'une propriété que les riverains auraient dès le principe sur le lit du fleuve public[4]. Il peut même paraître assez d'accord avec ces deux derniers

1. Cf. Bechmann, *Lehre vom Eigenthumserwerbe durch Accessio*, 1867. Sokolowski, *Philosophie im Privatrecht*, 1, 1902, pp. 111-188.

2. La propriété des fleuves privés ne se distingue pas à Rome de celle des autres choses (*D.*, 43, 12, *De fluminibus*, 1, 4). La propriété de leur sol est donc réglée d'avance par la propriété de leur ensemble.

3. C'est en particulier ce que paraissent impliquer pour l'île formée dans le fleuve, par opposition à l'alluvion, les solutions données par Ulpien, *D.*, 7, 1, *De usufr.*, 9, 4.

4. V. par exemple, Accarias, 1, n° 254. Par malheur cette opinion, qui s'appuie encore plus sur l'ensemble des solutions romaines que sur des textes bien probants (*D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 30, 1), ne s'accorde guère avec la manière dont la propriété de l'Etat est admise sur les fleuves publics de la même façon, par exemple, que sur les chemins publics, *D.*, 43, 1, *De int.*, 1, *pr.* Cf. A. Pernice, *Labeo*, 1, p. 273. Labéon voyait même par suite une incorrection dans l'attribution aux particuliers des îles nées dans les fleuves publics, *D.*, *h. t.*, 65, 4 (cf. C. civ., art. 560), et il y a encore des vestiges que le système admis en ces matières, bien que sans doute constitué de fort bonne heure (Cicéron, *De orat.*, 1, 38, 173 ;

systèmes que les remaniements ainsi apportés à la propriété se produisent exclusivement dans les *agri arcifinales*, dépourvus de contenance bien précise, à l'exclusion des terres officiellement délimitées, des *agri limitati*[1].

Ces accroissements des *agri arcifinales* ont trois causes principales : 1° l'*alluvion*, c'est-à-dire l'action lente et insensible des eaux qui augmentent l'étendue d'un immeuble, soit en se retirant de la rive sur laquelle il est pour aller battre l'autre, soit au contraire en y amoncelant des parcelles de terre. A l'alluvion on oppose l'*avulsion*, c'est-à-dire le détachement violent d'une fraction d'un fonds portée par les eaux soit sur la rive opposée, soit sur un fonds de terre inférieur, qui n'empêche pas le bloc de terre ainsi détaché de pouvoir être revendiqué par son propriétaire tant qu'il garde son caractère distinct[2] ; 2° la naissance d'îles (*insulae in flumine natae*) qui appartiennent selon leur situation à un ou plusieurs des propriétaires de l'une des rives ou de toutes deux[3] ; 3° l'abandon par le fleuve de son ancien lit, qui appartient aux riverains selon les mêmes distinctions que les îles, quelle que soit d'ailleurs la cause du changement, qu'il vienne du desséchement du fleuve ou d'un changement de son cours[4].

Alfenus Varus, *D.*, *h. t.*, 38), ne l'a pas été sans controverses. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 432, et Frontin dans Lachmann, *Schriften der Feldmesser*, 1, p. 49 et s.

1. Florentinus, *D.*, *h. t.*, 16.

2. Alluvion, *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 20 = Gaius, *D.*, *h. t.*, 7, 1. — Avulsion, *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 21 = Gaius, *D.*, *h. t.*, 7, 2. Il y a seulement une différence entre les deux textes au point de vue de l'effet qui se produira quand les arbres (*arbores*), apportés avec la fraction du terrain (*pars praedii*), auront poussé leurs racines dans le sol ; les *Inst.* disent seulement que le propriétaire du sol aura acquis les arbres : *Videntur adquisitae*. Gaius dit au contraire, au *D.*, qu'il aura acquis la fraction du terrain : *Videtur adquisita*. On corrige parfois la solution du Digeste par celle des Institutes, qui d'ailleurs n'est pas rigoureusement en contradiction avec elle. Elle nous paraît au contraire une application évidente du principe général que la propriété disparaît sur les choses qui ont perdu leur individualité. Cf. Landucci et Pampaloni, *Archivio*, 31, 1883, pp. 157 et ss., 424 et ss., 498 et ss. ; 32, 1884, p. 167 et ss., et l'appréciation de Schneider, *K. V. I.*, 8, 1885, p. 80 et ss.

3. *Inst.*, *h. t.*, 22 = Gaius, *D.*, *h. t.*, 7, 3. On tire une ligne médiane entre les rives du fleuve, puis de chaque côté des lignes perpendiculaires aux limites de chaque héritage, et les quadrilatères ainsi obtenus déterminent les portions des îles (ou du lit devenu libre) appartenant à chaque riverain. Cette méthode, qui s'accorde parfaitement avec la doctrine de la propriété préexistante des riverains, est généralement admise. Cependant on rencontre toujours des systèmes faisant la répartition d'une manière différente, par exemple en partant de la proximité absolue de chaque propriété par rapport à chaque point de l'île. V. Henrici, *Iahrbücher* de Ihering, 13, 1873, p. 57 et ss. ; 15, 1887, p. 313 et ss. et en dernier lieu N. Herzen, *N. R. H.*, 1906, pp. 561-580.

4. *Inst.*, *h. t.*, 23 = Gaius, *D.*, *h. t.*, 7, 5. Le C. civ., art. 563, attribue, au cas de changement de lit, le lit abandonné, ou du moins aujourd'hui (loi du 8 avril 1898) le prix du lit abandonné, aux propriétaires sur les terrains desquels est pris le lit nouveau. Il est curieux de remarquer que cette idée paraît déjà avoir été proposée à Rome d'après les renseignements indiqués p. 332, n. 4.

jointe à une chose principale en laquelle elle s'absorbe légalement, il y a une acquisition de propriété produite par un mode de droit des gens appelé l'accession (*accessio*). — Une doctrine d'une ingéniosité plus subtile soutient qu'il y a alors une acquisition de propriété résultant non pas d'un mode spécial, mais d'une occupation qui présenterait cette seule particularité d'être faite par la chose principale au lieu de l'être par son propriétaire. — A notre sens, il n'y a pas alors, dans les idées romaines, de véritable acquisition de propriété nouvelle, mais un simple accroissement de l'objet d'un droit de propriété préexistant, une simple extension matérielle d'une chose qui reste toujours la même, bien qu'elle se trouve momentanément ou définitivement accrue par suite de la disparition temporaire ou irrévocable d'une autre chose.

On peut, sous ce rapport, distinguer trois hypothèses désignées commodément par le nom inexact de rapprochement de deux immeubles et par les noms plus exacts de rapprochement de deux meubles et de rapprochement d'un meuble et d'un immeuble. Ce sont celles des modifications produites dans les immeubles par le jeu des eaux courantes, des modifications produites dans les meubles par leur jonction, leur confusion et leur mélange et de celles produites dans les immeubles par les constructions, les plantations et les semailles[1].

I. Rapprochement des immeubles. — Les changements produits par le jeu des eaux courantes dans les immeubles riverains des fleuves publics[2] sont ceux où l'on pourrait le mieux voir, d'après le fond des choses et le langage des jurisconsultes, la source de véritables acquisitions de propriété[3]. Cependant on peut à la rigueur ramener leurs effets à l'idée d'extension d'une propriété préexistante et une doctrine assez répandue en France lève toute difficulté en y voyant la conséquence d'une propriété que les riverains auraient dès le principe sur le lit du fleuve public[4]. Il peut même paraître assez d'accord avec ces deux derniers

1. Cf. Bechmann, *Lehre vom Eigenthumserwerbe durch Accessio*, 1867. Sokolowski, *Philosophie im Privatrecht*, 1, 1902, pp. 111-188.

2. La propriété des fleuves privés ne se distingue pas à Rome de celle des autres choses (*D.*, 43, 12, *De fluminibus*, 1, 4). La propriété de leur sol est donc réglée d'avance par la propriété de leur ensemble.

3. C'est en particulier ce que paraissent impliquer pour l'île formée dans le fleuve, par opposition à l'alluvion, les solutions données par Ulpien, *D.*, 7, 1, *De usufr.*, 9, 4.

4. V. par exemple, Accarias, 1, n° 254. Par malheur cette opinion, qui s'appuie encore plus sur l'ensemble des solutions romaines que sur des textes bien probants (*D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 30, 1), ne s'accorde guère avec la manière dont la propriété de l'Etat est admise sur les fleuves publics de la même façon, par exemple, que sur les chemins publics, *D.*, 43, 1, *De int.*, 1, *pr.* Cf. A. Pernice, *Labeo*, 1, p. 273. Labéon voyait même par suite une incorrection dans l'attribution aux particuliers des îles nées dans les fleuves publics, *D.*, *h. t.*, 65, 4 (cf. C. civ., art. 560), et il y a encore des vestiges que le système admis en ces matières, bien que sans doute constitué de fort bonne heure (Cicéron, *De orat.*, 1, 38, 173 ;

systèmes que les remaniements ainsi apportés à la propriété se produisent exclusivement dans les *agri arcifinales*, dépourvus de contenance bien précise, à l'exclusion des terres officiellement délimitées, des *agri limitati*[1].

Ces accroissements des *agri arcifinales* ont trois causes principales : 1° l'*alluvion*, c'est-à-dire l'action lente et insensible des eaux qui augmentent l'étendue d'un immeuble, soit en se retirant de la rive sur laquelle il est pour aller battre l'autre, soit au contraire en y amoncelant des parcelles de terre. A l'alluvion on oppose l'*avulsion*, c'est-à-dire le détachement violent d'une fraction d'un fonds portée par les eaux soit sur la rive opposée, soit sur un fonds de terre inférieur, qui n'empêche pas le bloc de terre ainsi détaché de pouvoir être revendiqué par son propriétaire tant qu'il garde son caractère distinct[2] ; 2° la naissance d'îles (*insulae in flumine natae*) qui appartiennent selon leur situation à un ou plusieurs des propriétaires de l'une des rives ou de toutes deux[3] ; 3° l'abandon par le fleuve de son ancien lit, qui appartient aux riverains selon les mêmes distinctions que les îles, quelle que soit d'ailleurs la cause du changement, qu'il vienne du desséchement du fleuve ou d'un changement de son cours[4].

Alfenus Varus, *D.*, *h. t.*, 38), ne l'a pas été sans controverses. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 432, et Frontin dans Lachmann, *Schriften der Feldmesser*, 1, p. 49 et s.

1. Florentinus, *D.*, *h. t.*, 16.

2. Alluvion, *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 20 = Gaius, *D.*, *h. t.*, 7, 1. — Avulsion, *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 21 = Gaius, *D.*, *h. t.*, 7, 2. Il y a seulement une différence entre les deux textes au point de vue de l'effet qui se produira quand les arbres (*arbores*), apportés avec la fraction du terrain (*pars praedii*), auront poussé leurs racines dans le sol ; les *Inst.* disent seulement que le propriétaire du sol aura acquis les arbres : *Videntur adquisitae*. Gaius dit au contraire, au *D.*, qu'il aura acquis la fraction du terrain : *Videtur adquisita*. On corrige parfois la solution du Digeste par celle des Institutes, qui d'ailleurs n'est pas rigoureusement en contradiction avec elle. Elle nous paraît au contraire une application évidente du principe général que la propriété disparaît sur les choses qui ont perdu leur individualité. Cf. Landucci et Pampaloni, *Archivio*, 31, 1883, pp. 157 et ss., 424 et ss., 498 et ss. ; 32, 1884, p. 167 et ss., et l'appréciation de Schneider, *K. V. I.*, 8, 1885, p. 80 et ss.

3. *Inst.*, *h. t.*, 22 = Gaius, *D.*, *h. t.*, 7, 3. On tire une ligne médiane entre les rives du fleuve, puis de chaque côté des lignes perpendiculaires aux limites de chaque héritage, et les quadrilatères ainsi obtenus déterminent les portions des îles (ou du lit devenu libre) appartenant à chaque riverain. Cette méthode, qui s'accorde parfaitement avec la doctrine de la propriété préexistante des riverains, est généralement admise. Cependant on rencontre toujours des systèmes faisant la répartition d'une manière différente, par exemple en partant de la proximité absolue de chaque propriété par rapport à chaque point de l'île. V. Henrici, *Iahrbücher* de Ihering, 13, 1873, p. 57 et ss. ; 15, 1887, p. 313 et ss. et en dernier lieu N. Herzen, *N. R. H.*, 1906, pp. 561-580.

4. *Inst.*, *h. t.*, 23 = Gaius, *D.*, *h. t.*, 7, 5. Le C. civ., art. 563, attribue, au cas de changement de lit, le lit abandonné, ou du moins aujourd'hui (loi du 8 avril 1898) le prix du lit abandonné, aux propriétaires sur les terrains desquels est pris le lit nouveau. Il est curieux de remarquer que cette idée paraît déjà avoir été proposée à Rome d'après les renseignements indiqués p. 332, n. 4.

Si, à l'inverse, l'union est indissoluble, comme pour le papier et l'écriture, comme pour la tablette et la peinture, comme pour le bras non plus simplement soudé, mais forgé dans la statue[1], la propriété de la chose accessoire est définitivement éteinte faute d'objet[2]. Tout le droit de l'ancien propriétaire est d'obtenir une indemnité pour laquelle sa situation ne sera pas la même suivant que la réunion des deux choses aura été faite par lui ou en dehors de lui. — Si elle a été faite en dehors de lui, c'est-à-dire normalement par le propriétaire de la chose principale, il a contre ce dernier des actions dont le caractère et le nombre varient avec les circonstances et aussi avec les époques historiques : dès une époque ancienne, les actions naissant du vol (*actio furti* et *condictio furtiva*), quand il a été dépouillé par un vol[3] ; depuis l'époque, voisine du début de l'Empire, où l'action *ad exhibendum* se donne à titre pénal contre celui qui s'est mis par dol dans l'impossibilité d'exhiber[4] cette action, lorsque la jonction a été opérée de mauvaise foi, non pas pour obtenir une exhibition impossible, mais pour obtenir des dommages et intérêts égaux au préjudice ; enfin, même sans cela, mais encore seulement depuis une date postérieure à l'introduction de la procédure formulaire, il a, dans un cas, dans celui où le propriétaire de la tablette en est dépouillé au profit du peintre, une action en revendication utile tendant à faire avoir non pas la tablette qui n'existe plus, mais sa valeur et, dans tous les autres cas, une action prétorienne *in factum*[5]. — Quand la réunion a été faite par le propriétaire de la chose accessoire, il n'a pas d'action pour réclamer la valeur de sa chose[6] ; mais, si, comme il arrive le plus souvent, il a entre les mains la chose totale, il a, toujours seulement depuis l'époque formulaire, une exception de dol pour ne la rendre sur la revendication du propriétaire qu'après avoir été indemnisé de la plus-value qu'il lui a donnée de bonne foi[7].

III. Rapprochement de meubles et d'immeubles. — Quand les choses rapprochées sont un meuble et un immeuble, ainsi qu'il arrive

1. Distinction de la *ferruminatio* et de l'*adplumbatio* faite par Paul, après Cassius, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 23, 5. Le sens des deux expressions est d'ailleurs discuté. V. la bibliographie dans Pampaloni, *Archivio*, 33, 1879, pp. 222-299.
2. Paul, *loc. cit.*
3. *Inst.*, *h. t.*, 26.
4. Dans le droit de Justinien, la revendication est donnée au même titre ; mais c'est en vertu de l'innovation par voie d'interpolation signalée p. 342, n. 1.
5. Paul, *D.*, 6, *De R. V.*, 23, 5 : *In omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.* — Action réelle utile, relative à la planche sur laquelle a été faite la peinture : Gaius, 2, 78 ; *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 9, 2 ; *Inst.*, *h. t.*, 34 ; cf. p. 348, n. 2.
6. Le texte décisif est le texte de Julien, relatif aux constructions, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 33.
7. Paul, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 23, 4 : *In omnibus igitur istis in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus quod accesserit dare.* Sur la restriction au cas de bonne foi, v. p. 335, n. 5, et p. 337, n. 6.

par exemple au cas de semailles, de plantations, de constructions faites avec la chose d'une personne sur la chose d'une autre, il y a toujours, dans la notion romaine, un principal et un accessoire. L'immeuble est le principal dans l'unité duquel s'absorbe l'accessoire [1]. Mais ici encore le rapprochement est tantôt définitif et tantôt susceptible de cesser.

Le rapprochement est considéré comme définitif, au cas de plantations et de semailles, à partir du moment où les graines ont germé, où les plantes ont poussé leurs racines dans le sol [2]. A partir de là, la propriété ne renaîtra jamais pour le propriétaire des graines, des plantes, quand bien même ces dernières notamment seraient plus tard extraites du sol [3]. Il aura seulement, s'il a fait l'union de bonne foi et s'il possède, une exception de dol pour ne rendre l'immeuble qu'après avoir été indemnisé, ou, si l'union a été faite par le propriétaire de l'immeuble, des actions symétriques à celles énumérées tout à l'heure : au cas de vol, l'*actio furti* et la *condictio furtiva* ; au cas de plantations ou de semailles faites de mauvaise foi, l'action *ad exhibendum* donnée contre celui qui s'est mis par dol dans l'impossibilité d'exhiber ; enfin, en dehors de là, une action utile en revendication des arbustes plantés [4] correspondant à l'action en revendication utile de la tablette recouverte de peinture et sans doute une action *in factum* en indemnité de la valeur des semailles.

Au cas de constructions faites sur le terrain d'une personne avec les matériaux d'une autre, l'union du terrain et des matériaux n'est pas plus indissoluble que celle d'une bague et d'une pierre précieuse ou d'un char et d'une roue. La revendication est neutralisée, tant que l'accessoire est absorbé dans le principal, tant que les matériaux sont incorporés dans l'édifice [5] ; mais, sauf abdication du propriétaire, résultant notamment, à l'époque ancienne, de ce qu'il a construit sciemment sur le sol d'autrui [6], elle reprend sa vitalité au moment où la séparation a lieu, où

1. Gaius, 2, 73-75. *Superficies solo cedit,* dit Gaius, 2, 73. *Plantae quae terra coalescunt solo cedunt*, dit Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 32, où il applique le même principe aux semences.

2. *Inst.*, *h. t.*, 31 ; 32. Quand, pour une raison quelconque, les racines d'un arbre passent du terrain d'un propriétaire dans celui de l'autre, la propriété de l'arbre appartient au second. La solution est, quoi qu'on ait dit en partant de textes mal établis, exactement la même dans les *Inst.*, *h. t.*, 31, et dans le *D.*, *h. t.*, 7, 13.

3. Paul, *D.*, *h. t.*, 26, 1 : *Arbor ubi coaluit agro cedit et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur : nam credibile est alio terrae alimento aliam factam.*

4. *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 5, 3 ; cf. p. 354, n. 3.

5. *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 7, 10.12. *D.*, 43, 18, *De superfic.*, 2.

6. Gaius, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 7, 12 : *Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cujus et solum est et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur*. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 30 : *Materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus alienata intellegitur, utique si non ignorabat in alieno solo se aedificare*. V. la même présomption

les matériaux recouvrent leur individualité [1]. Et l'on devrait logiquement dire encore ici que le propriétaire des matériaux peut en provoquer la séparation par l'action *ad exhibendum* afin de les revendiquer ensuite. Mais cette conclusion logique est écartée par une disposition expresse de la loi des XII Tables qui, dans un but d'utilité générale, défend de demander la séparation des matériaux incorporés dans une construction [2].

En compensation, la loi des XII Tables donne au propriétaire des objets ainsi immobilisés contre le constructeur une action au double, l'action *de tigno juncto* [3], qui, d'après certains interprètes modernes, s'applique seulement aux objets ayant fait l'objet d'un vol [4], qui, d'après d'autres, s'applique à tous ceux ainsi employés sans le consentement du propriétaire [5], et dont, en tout cas, l'exercice enlève au propriétaire le droit d'intenter la revendication après la séparation, quand l'action a été exercée contre un constructeur de bonne foi [6] et n'enlève ni cette action ni les actions fondées sur le vol et l'impossibilité d'exhibition causée par dol, quand elle est intentée contre un constructeur de mauvaise foi [7].

Quand c'est le propriétaire des matériaux qui a construit avec eux sur le sol d'autrui [8], il n'a pas non plus le droit de démolir pour les reprendre [9] ; mais, s'il a agi de bonne foi, se croyant propriétaire du sol, il a,

de donation des impenses faites sciemment sur la chose d'autrui chez Ulpien, *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 27, 25.

1. *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 7, 10 : *Si ex aliqua causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare. D.*, 6, 1, *De R. V.*, 23, 7 : *Cementa resoluta prior dominus vindicabit.* Ici comme en matière d'adjonction de meubles, les textes vacillent entre la conception d'une propriété éteinte, puis ressuscitée et celle d'une propriété temporairement paralysée. V. dans le premier sens le dernier texte : *Prior dominus* ; *C.*, 3, 32, *De R. V.*, 2 : *Materia ad pristinum dominium redit* ; dans le second, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 7, 10 : *Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desinit ejus dominus esse.* En tout cas, le propriétaire du sol ne peut, au moment de la séparation, opposer à celui des matériaux ni usucapion ni prescription, car il a possédé l'édifice et non les matériaux.

2. XII Tables, 6, 7. Paul, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 23, 6 ; *D.*, 47, 3, *De tigno juncto*, 1. Il résulte du premier et du dernier textes que la disposition visait même les échalas employés dans les vignes.

3. *D.*, 47, 3, *De tigno juncto.* Cf. Lenel, *Ed.*, § 131. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 317 et ss. De Czyhlarz, *Z.* de Grünhut, 21, 1894, pp. 85-106.

4. D'après la loi des XII Tables elle-même, suivant Accarias, 1, p. 646, n. 2 ; plutôt d'après son interprétation, suivant Pernice argumentant de Neratius, cité par Paul, *D.*, 24, 1, *De don. int. v. et u.*, 63.

5. C'est par exemple l'opinion de Dernburg, qui suppose que la loi aurait visé d'abord seulement les choses furtives, puis aurait reçu une interprétation extensive ; mais on ne comprendrait pas alors pourquoi l'action serait placée dans l'édit parmi les actions nées du *furtum* (*Textes*, p. 154), ni comment les textes fondamentaux, en particulier ceux des jurisconsultes les plus récents, pourraient souligner la furtivité de la chose (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1 ; 2. Paul, *D.*, 24, 1, *De d. int. v. et u.*, 63.

6. *Inst.*, *h. t.*, 29.

7. Action *ad exhibendum* : *D.*, *h. t.*, 1, 1. Revendication : *D.*, *h. t.*, 2.

8. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 380-385.

9. L'application à ce cas de la règle des XII Tables résulte du but d'utilité publique qui lui est attribué (*D. h. t.*, 1, *pr.*), de Julien, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 59,

depuis la procédure formulaire, contre la revendication du propriétaire, une exception de dol pour ne rendre l'immeuble qu'après avoir été indemnisé de ses dépenses (ou tout au moins de la plus-value produite par elles)[1]. Des textes, dont la décision vient peut-être des compilateurs, lui donnent même, quand il est de mauvaise foi, le droit de reprendre les matériaux qui peuvent être enlevés sans détérioration de la chose (*jus tollendi*)[2]. Enfin un autre texte des compilations de Justinien, encore plus en désaccord avec les anciens principes, décide, en attribuant cette décision à Caracalla, que le même constructeur de mauvaise foi pourra revendiquer les matériaux après la démolition de l'édifice en prouvant qu'il ne les y a pas mis *animo donandi*[3].

CHAPITRE IV. — EXTINCTION DE LA PROPRIÉTÉ.

La propriété est de sa nature un droit perpétuel. Cependant elle peut disparaître soit avec son objet, soit sans lui.

et enfin du principe même que ce n'est pas le constructeur, mais le propriétaire du sol qui est propriétaire de l'édifice.

1. C'est la règle posée en matière d'impenses utiles par le texte de Celse, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 38, qu'on regarde comme fondamental, mais cependant, une série d'autres textes donne ici au constructeur l'intégralité de ses déboursés : Gaius, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 7, 12 : *Pretium materiae et mercedes fabrorum*. *Inst.*, *h. t.*, 30. *C. Greg.*, 3, 6, *De R. V.*, 1, 2 et l'*Interpretatio*. *C.*, 3, 32, *De R. V.*, 16. Il est possible qu'il y ait d'abord eu pour les constructions des règles propres.

2. Ulpien et Julien. *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 37. Paul, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 27, 5. Gordien, *C.*, 3, 32, *De R. V.*, 5. Cf. les observations de Pernice sur les deux premiers textes. On remarquera non seulement la discordance dans laquelle ils sont avec le principe d'utilité posé, *D.*, *h. t.*, *pr.*, et avec l'idée d'abdication de propriété indiquée p. 337, n. 6, mais aussi la difficulté qu'il y aurait à concilier leur fonctionnement avec le rôle du juge de la procédure formulaire. Si on les regarde comme authentiques, le premier atteste seulement le *jus tollendi* au cas de *mala fides superveniens* et la généralisation n'est faite que par le troisième. En tout cas, la règle qu'ils posent est certaine pour le droit de Justinien.

3. *C.*, 3, 32, *De R. V.*, 2, 1, où il est dit qu'après la démolition, les matériaux reviennent à leur premier propriétaire, *sive bona fide sive mala fide aedificium extructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint*. La proposition *sive bona fide sive mala fide aedificium extructum sit* est en contradiction avec la suivante ; car, si le constructeur était de bonne foi, il n'a pu avoir l'intention de faire une donation, et, s'il était de mauvaise foi, il ne peut avoir eu une autre intention avouable (dans le cas cité par M. Accarias, 1, p. 649, n. 1, il aurait voulu commettre un *furtum*). Cette proposition ne se trouvait donc pas, croyons-nous, dans la constitution originale de Caracalla, et c'est soit une interpolation consciente des compilateurs, soit, comme M. Pernice paraît pencher à l'admettre, p. 385, n. 4, une glose défectueuse indûment introduite dans le texte. Dans le premier cas, c'est elle qui exprime le droit de Justinien, et il faut expliquer par une inadvertance le langage du paragraphe 30 et l'insertion au Digeste de la solution de Gaius, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 7, 12 (p. 337, n. 6). Dans le second, les trois textes expriment en un langage différent les mêmes idées.

Elle disparaît, avec son objet, faute d'objet : 1° par la destruction matérielle de la chose, quand par un événement quelconque, accident physique, fait d'un tiers, fait du propriétaire, la chose perd son individualité antérieure (mort de l'esclave, de l'animal, incendie de la maison, mais aussi destruction définitive résultant de la spécification ; destruction définitive ou temporaire résultant pour une chose accessoire de son adjonction à une chose principale) ; — 2° par la destruction juridique de la chose, quand la chose subsiste dans sa nature, mais cesse d'être un bien susceptible de propriété romaine (chose prise ou reprise par l'ennemi ; esclave affranchi ; immeuble rendu public, sacré ou religieux).

Elle disparaît, sans son objet : d'abord, si l'on veut, quand une personne la perd parce qu'une autre l'acquiert, ainsi que cela se produit dans tous les modes dérivés d'aliénation, où il y a à la vérité plutôt transfert de propriété ; ensuite dans certains cas où quelqu'un perd la propriété sans que personne l'acquière et qui présentent une certaine symétrie avec les cas d'occupation où quelqu'un acquiert la propriété sans que personne la perde. Ainsi (sans revenir sur les choses et les personnes reprises par l'ennemi, qui sont alors soustraites à la propriété romaine *jure postliminii* comme elles y ont été soumises par l'*occupatio bellica*), pour les animaux qui, de même qu'ils s'acquièrent par la capture quand ils n'appartiennent à personne, se perdent par une sorte de *postliminium* qui les ramène à leur liberté naturelle : c'est ce qui a lieu, sinon quand ce sont des animaux domestiques, au moins quand ce sont des animaux apprivoisés, lorsqu'ils reviennent à l'état sauvage, qu'ils perdent l'habitude de retourner chez leur maître, ou, quand ce sont des animaux sauvages, dès qu'on en perd la possession [1]. Ainsi pour les *res derelictae*, dont, au moins dans la doctrine qui a prévalu, on perd la propriété par la *derelictio*, comme on acquiert la propriété des *res nullius* par l'occupation et relativement auxquelles il y aurait même à se demander, d'une manière symétrique à ce que nous avons fait pour l'occupation, si le fait de la *derelictio* a pu toujours en faire perdre la propriété civile et notamment en faisait perdre la propriété civile, à l'époque classique, lorsqu'elles étaient des *res mancipi*.

Naturellement la personne qui a perdu la propriété d'une chose sans que cette chose ait cessé d'exister matériellement peut, par une nouvelle acquisition, obtenir sur cette chose une propriété nouvelle. C'est une question toute différente de savoir si l'ancienne propriété qui avait existé sur cette chose et qui a été éteinte peut renaître. Cette résurrection se produit certainement en vertu du *postliminium*, dans le cas où un propriétaire romain recouvre la propriété de choses qui lui avaient été prises

1. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 12 ; 14 ; 15.

par l'ennemi [1]. Elle se produit aussi, au moins dans la doctrine de certains jurisconsultes et de certains interprètes (p. 338, n. 1 ; p. 335, n. 4), quand une chose, qui avait perdu son individualité par son adjonction à une autre, la recouvre par la séparation. Enfin, quand une chose a été aliénée sous un terme ou une condition résolutoire, la propriété en revient de plein droit à l'aliénateur, à l'arrivée du terme ou de la condition, dans le droit de Justinien, mais non pas, croyons-nous, dans le droit classique [2].

CHAPITRE V. — SANCTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

La propriété a, comme nous avons vu, pour première sanction les interdits possessoires qui protègent la possession comme telle, mais qui par là même protègent dans l'immense majorité des cas la propriété. Si

1. Le *postliminium* s'applique aux choses comme aux personnes (Pomponius, *D.*, 49, 15, *De capt.*, 14). Mais cela ne veut pas dire que toutes les choses prises par l'ennemi et revenues en la puissance des Romains retournent en conséquence à leurs propriétaires. Labéon pose au contraire, *D., h. t.*, 20, le principe que *si quid bello captum est, in praeda est, non postliminio redit*. Ce n'est donc que par exception que les choses reprises par les armes seront considérées comme revenant à leur ancien propriétaire au lieu d'être comprises dans le butin appartenant à l'Etat. Nous trouvons cette exception faite pour les immeubles (*D.*, *h. t.*, 20, 1), et pour certains meubles : les esclaves, les mulets de charge, les chevaux dressés, les vaisseaux de transport (Cicéron, *Top.*, 8, 36 ; Marcellus, *D.*, *h. t.*, 2 ; Pomponius, *D.*, *h. t.*, 3 ; exposition et triage du butin faits dans ce but, chez Tite-Live, 5, 16. 7, 35, 1, *in fine*). Une situation différente est celle où un Romain a racheté à l'ennemi l'esclave d'un autre Romain : il en est propriétaire ; mais l'ancien maître peut le recouvrer *jure postliminii* en remboursant l'auteur du rachat (*D.*, *h. t.*, 12, 7).

2. La question se pose particulièrement dans les théories de la vente sous condition résolutoire et de la donation à cause de mort, où nous la retrouverons. La preuve qu'à l'événement du terme et de la condition résolutoire la propriété reste à l'acquéreur en droit classique et lui revient de plein droit sous Justinien résulte, à notre avis, notamment de la constitution de Dioclétien, dont nous avons une version authentique dans les *F. V.*, 283, et une version corrigée *C.*, 8, 54 (55), *De don. quae sub. mod.*, 2 (sur l'identité des deux textes, v. A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, pp. 92-94). Quelle que soit l'hypothèse à propos de laquelle cela est dit, Dioclétien affirme que la propriété ne peut être transférée sur un terme résolutoire et Justinien lui fait dire qu'elle le peut. Les deux solutions contraires ne nous paraissent donc pas pouvoir être atteintes par les tentatives qui ont été faites d'abord par M. Michon, *N. R. H.*, 1911, pp. 536-554, puis par M. Senn, *Etudes Girard*, 1912, pp. 283-300 (réimpression avec quelques coupures, *Etudes sur le droit des obligations*, 1914, pp. 166-181), pour rapporter la constitution de Dioclétien à une hypothèse étrangère à notre question. V. en notre sens le compte-rendu donné de l'ouvrage de M. Senn par M. Biondo Biondi, *B. Ist. D. R.*, 27, 1915, pp. 95-96. Ce qu'on pourrait plutôt se demander, c'est si, même sous Justinien, la propriété obtenue par l'aliénateur au moment de l'événement de la condition est vraiment sa propriété ancienne ou seulement une propriété nouvelle acquise de plein droit à ce moment. V. dans le premier sens, *D.*, 39, 3, *De aqua*, 9, *pr*.

le propriétaire de la chose la possède ou si le possesseur possède *vi clam aut precario* par rapport à lui, il aura les interdits possessoires pour retenir ou recouvrer cette chose. Il a encore, s'il est possesseur, le droit de repousser par la force ceux qui voudraient l'en dépouiller.

S'il ne possède pas, il ne peut, dans les temps historiques, se faire justice à lui-même en reprenant violemment la chose au tiers entre les mains duquel elle se trouve. Il doit s'adresser aux tribunaux pour se faire rendre justice. Il a pour cela des actions qui varient selon les troubles et qui varient aussi selon le caractère de sa propriété, selon que c'est la propriété quiritaire, la propriété prétorienne, la propriété pérégrine ou la propriété des fonds provinciaux.

I. ***Dominium ex jure quiritium.*** — La propriété civile, quiritaire, est protégée à la fois par la revendication donnée au propriétaire contre celui qui refuse de lui rendre sa chose, par l'action négatoire (ou parfois prohibitoire) qui lui est donnée contre celui qui prétend avoir un droit de servitude sur la chose et enfin par certaines actions pénales nées de délits relatifs à la chose.

1. *Revendication* (*rei vindicatio*) [1]. La revendication, qui est l'attribut essentiel du droit de propriété quiritaire, ne s'est pas toujours intentée selon les mêmes règles.

Sous la procédure des Actions de la loi [2], elle s'intentait dans la forme du *sacramentum* qui servait à faire indirectement trancher une question de droit en soumettant au juge le point de savoir si un pari était gagné ou perdu, probablement, plus anciennement, si un serment était vrai ou faux (p. 13). En matière de propriété, cette procédure s'entamait par une double affirmation des deux parties qui s'affirmaient toutes deux propriétaires avec des termes solennels et un simulacre de combat relatif à la chose dont la présence était exigée, au moins si c'était un meuble [3], par la *vindicatio* du demandeur et la *contravindicatio* du défendeur, dont le résultat était de faire le procès ne pouvoir se lier qu'entre deux individus se prétendant l'un et l'autre propriétaires [4]. Ensuite les deux plai-

1. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 1. *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione.* Cf., outre les ouvrages généraux et les divers traités de procédure romaine, les livres anciens, mais encore utiles, le premier au point de vue exégétique et le second au point de vue historique, de Pellat, *Propriété*, 2e éd., 1853, et Wetzell, *Römischer Vindicationsprocess*, 1845. V. aussi Pfersche, *Privatrechtliche Abhandlungen*, 1886, pp. 1-253.

2. Gaius, 4, 16. 17. Cf. Bechmann, *Studie im Gebiete der legis actio sacramenti in rem*, 1888. H. Cuënot, *N. R. H.*, 1893, pp. 321-362. Rapprochements avec le droit germanique dans Pflueger, *Die legis actio sacramento*, 1898.

3. Si c'était un immeuble, la procédure était accommodée à la circonstance par des expédients qui montrent qu'elle avait d'abord été constituée pour la revendication des meubles (Gaius, 4, 17 ; Cicéron, *Pro Mur.*, 12 ; Aulu-Gelle, 20, 10).

4. Si l'adversaire se contente de nier le droit de propriété de celui qui a mis la main sur la chose en s'en disant propriétaire, s'il ne se dit pas lui-même propriétaire, l'autre emporte la chose sans procès.

deurs se provoquaient réciproquement au *sacramentum* : chacun versait anciennement, plus tard garantissait à l'aide de cautions (*praedes sacramenti*) une somme qu'il devait perdre si son affirmation était fausse.

Puis, après que la possession intérimaire de la chose avait été attribuée par le magistrat à l'une des parties, qui fournissait des cautions de rendre la chose et ses fruits [1] (*praedes litis et vindiciarum*) si le *sacramentum* de l'autre était déclaré *justum*, le procès était, conformément à la division de l'instance en deux phases, tranché non pas par le magistrat, mais par un juge auquel chaque partie avait également le devoir de prouver que son *sacramentum* était *justum*, par conséquent qu'elle était propriétaire.

Sur les preuves administrées, le juge déclarait *justum* le *sacramentum* de celui qui avait prouvé sa propriété, il déclarait *injustum* le *sacramentum* de celui qui n'avait pas prouvé la sienne et même logiquement il devait déclarer les deux *sacramenta injusta*, quand ni l'un ni l'autre n'avait pu prouver sa propriété. Sa tâche était finie par là, par la déclaration que le montant du *sacramentum injustum* était acquis à l'État, que celui du *sacramentum justum* ne l'était pas. Et par suite on s'est beaucoup préoccupé de savoir comment les conséquences de sa décision étaient appliquées à la question de propriété, quand celui dont le *sacramentum* était reconnu *justum* n'avait pas la chose. A notre avis, l'exécution du jugement, la restitution de la chose et de ses accessoires au gagnant était assurée, indirectement, mais très efficacement, par l'existence des *praedes litis et vindiciarum* qui s'étaient engagés non pas à côté, mais à la place du possesseur, à la restitution de la chose et des fruits pour le cas où le *sacramentum* du plaideur qui ne possédait pas serait déclaré *justum*. Le perdant n'est personnellement tenu à rien ; il n'y a pas contre lui de voie d'exécution directe ; mais il s'exécutera toujours spontanément parce que sans cela il mettrait dans une situation très grave les parents, les amis qui se sont portés ses *praedes* et qui, faute de restitution de la chose et des fruits, tomberaient sous le coup d'une procédure d'exécution encore plus rigoureuse que celle admise contre les débiteurs ordinaires, de la procédure d'exécution organisée contre les débiteurs de l'État [2].

1. La valeur des fruits est doublée, sans doute quand au lieu d'être rendus en nature ils sont restitués en valeur, d'après une disposition mutilée des XII Tables (Festus, v° *vindiciae* : XII Tables, 12, 3), dont le sens est mis hors de doute par les règles de la stipulation *pro praede litis et vindiciarum* calquée sur l'ancien engagement des *praedes* (p. 344, n. 2). Cf. Esmein, *Mélanges*, p. 191. Cuënot, *N. R. H.*, 1893, p. 358 et ss. ; P. Petot, *Etudes Girard*, 1, 1912, pp. 212-239.

2. C'est l'opinion que nous croyons la meilleure. V. en ce sens Mommsen, *Stadtrechte von Salpensa*, 1855, p. 471 (*Ges. Schr.*, 1, p. 361), n. 41 ; Gradenwitz, *Zwangsvollstreckung und Urtheilssicherung*, 1888, p. 8 ; de Ihering, *Geist d. R. R.*, 3, 1[4], 1888, p. XI et s. ; Cuënot, *N. R. H.*, 1893, p. 345 et ss. Il y a beaucoup d'autres doctrines : ainsi un système d'après lequel la restitution de la chose, une fois le bon droit reconnu, était suffisamment assurée par les mœurs ; ainsi un autre d'après lequel le magistrat la faisait rendre, alors, par la force publi-

Sous son apparence tronquée, ce système était si efficace qu'il a été plus tard calqué dans une autre procédure qui fut probablement introduite sous les Actions de la loi, mais qui survécut de beaucoup à leur chute, dans la procédure *per sponsionem* [1]. Ici, pour faire trancher la question de propriété, une partie promet à l'autre de lui payer une somme insignifiante et qu'on ne réclamera même pas (*sponsio praejudicialis*), si cette dernière est reconnue propriétaire ; mais en même temps, elle promet, pour ce cas, avec la garantie de cautions, la restitution de la chose et de ses fruits intérimaires [2], par un autre contrat verbal calqué dans son objet sur l'engagement des *praedes* et qu'on appelle à cause de cela la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*. Ici encore le juge ne statuera que sur la petite somme qui a été promise ; mais, une fois qu'il aura donné tort au promettant, celui-ci rendra la chose et les accessoires, pour que lui et les cautions ne soient pas tenus de la stipulation *pro praede litis et vindiciarum*.

Seulement la procédure *per sponsionem* appartient déjà à un système nouveau par un trait qui la sépare profondément de l'ancienne procédure du *sacramentum in rem*. Au lieu d'être une procédure double, où les deux parties jouent à la fois le rôle de demanderesse et de défen-

que ; enfin un dernier selon lequel, après que le juge avait statué sur le *sacramentum*, il y avait, afin de permettre la *manus injectio* contre le perdant, une procédure accessoire d'estimation (*arbitrium liti aestimandae*), attestée notamment en matière d'action personnelle par la loi Acilia de 631-632 et à laquelle on rapporte aussi le texte de Festus, cité n. 1. V. les renvois dans Cuënot. Mais en dehors des objections qu'on peut faire à chacune de ces conjectures, elles sont toutes rendues superflues par l'engagement des *praedes*.

1. Gaius, 4, 91. 93. 95. Cf. Stintzing, *Verhältniss der legis actio sacramenti zu d. Verfahren durch sponsio praejudicialis*, 1853. O. Lenel, *Ed.*, § 281 ; Naber, *Mélanges Girard*, 2, pp. 309-317, et *Mnemosyne*, 42, 1914, pp. 363-368. Une doctrine due à de Keller, *Procédure des Romains*, §§ 25-27, considère, à la vérité, cette procédure comme née seulement depuis l'introduction de la procédure formulaire. Mais c'est, à notre sens, une invention des praticiens, que rien ne force à faire dater seulement de l'époque où le contrat verbal a fondé la *condictio certae pecuniae* du système formulaire. Elle a pu fonctionner rationnellement depuis qu'il a fait naître la *legis actio per condictionem* de la loi Silia, — que les parties avaient avantage à employer à la place de l'*actio sacramenti in rem*, parce qu'elle avait des formes plus simples, parce qu'il n'y avait pas de peine imposée au perdant au profit de l'Etat et que le perdant pouvait même n'y pas encourir de peine au profit du gagnant, la *sponsio* étant *praejudicialis* (Gaius, 4, 94) et les parties pouvant probablement s'entendre pour écarter la *sponsio* et la *restipulatio tertiae partis* (Gaius, 4, 171) qui d'ailleurs serait ici minime, — et même depuis qu'il a fait naître la *legis actio sacramenti in personam*, — à laquelle les parties avaient avantage à recourir de préférence au *sacramentum in rem*, d'abord parce que le cérémonial du *sacramentum in personam* était plus simple que celui du *sacramentum in rem*, ensuite parce qu'elles pouvaient ainsi risquer seulement le *sacramentum* de 50 as pour la petite créance, objet de la *sponsio*, au lieu de celui de 500 as auquel elles auraient été astreintes pour une action réelle relative à une chose valant plus de 1000 as (Gaius, 4, 16).

2. Dont la stipulation prescrit que la valeur sera doublée faute de restitution en nature. Paul, *Sent.*, 1, 13 *b*, 8. 5, 9, 1, et les observations de Lenel.

deresse, où elles doivent pareillement prouver leur droit, où elles sont égales au point de vue de la preuve, c'est une procédure simple où il y a un demandeur et un défendeur, un demandeur qui doit prouver son droit pour triompher, un défendeur qui n'a rien à prouver, qui n'a rien à craindre, si le demandeur ne fait pas sa preuve : c'est une procédure simple où le demandeur se dit propriétaire et doit le prouver, tandis que le défendeur peut se contenter de le nier.

Il y a là une innovation très importante ; mais l'origine s'en rattache à ce qui se passait déjà pratiquement dans le *sacramentum in rem* au cas où les deux *sacramenta* étaient déclarés *injusta* et où par conséquent celui qui avait reçu la chose à titre intérimaire n'avait pas à la rendre. La restitution se trouvait donc, en fait, n'être imposée à celui qui possédait que quand la propriété de l'autre était prouvée, et c'est à cause de cette importance de la possession intérimaire qu'on cessa, croyons-nous, dès le temps des Actions de la loi, de la conférer arbitrairement, qu'on établit dès alors (p. 284, n. 1) les interdits *uti possidetis* et *utrubi* destinés à faire reconnaître lequel des deux plaideurs était le possesseur auquel devaient être attribuées les *vindiciae*, auquel devait rester la chose si les deux *sacramenta* étaient déclarés *injusta* [1]. Depuis lors, même dans le *sacramentum in rem*, il y avait en réalité un demandeur et un défendeur dont les rôles étaient déterminés par la possession, et c'est sans doute aussi depuis lors que s'est surtout développée la procédure *per sponsionem* où précisément le possesseur jouera le rôle de défendeur et le plaideur qui ne possède pas celui de demandeur [2].

1. V. Esmein, *N. R. H.*, 1877, p. 499. De Ihering, *Esprit du Dr. R.*, 4, p. 491. *Fondement de la protection possessoire*, p. 67 et ss. M. Cuq, *N. R. H.*, 1894, p. 13, objecte que l'attribution des *vindiciae* ne règle la possession que pour la durée du procès (*interim*, dit Gaius, 4, 16). Mais cela n'empêche pas que celui qui les a reçues gardera la chose, après le procès, sans que son adversaire puisse la lui enlever, sans qu'elle puisse lui être enlevée jusqu'à ce qu'il se présente un autre adversaire mieux qualifié, absolument comme ferait celui qui aurait triomphé successivement dans l'interdit *retinendae possessionis* et dans la revendication du droit moderne.

2. Cette procédure donnait, dès le principe, à celui qui y jouait le rôle de défendeur, qui avait la possession et qui faisait la promesse, tous les avantages du *sacramentum in rem*. Elle donnait également, dès le principe, à celui qui y jouait le rôle de demandeur tous les avantages qu'il aurait eus dans un procès par *sacramentum in rem* où la possession intérimaire ne lui aurait pas été attribuée ; mais elle ne lui donnait que ceux-là, pas ceux qu'il eût eus si le magistrat lui avait attribué la possession. Par conséquent des plaideurs entreprenants, sûrs de leur droit et se faisant forts de le prouver, ont pu dès alors consentir à prendre le rôle de demandeurs et à laisser à leurs adversaires le bénéfice de la possession provisoire. Mais il a dû anciennement arriver plus souvent que les deux plaideurs, également prudents, aient mieux aimé tous deux se ménager la chance d'obtenir du magistrat la possession intérimaire. Au contraire, depuis que la possession, au lieu d'être attribuée arbitrairement au cours du procès en revendication, est réglée d'avance d'une manière distincte et maintenue à celui qui l'avait auparavant par les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, on sait d'avance quel est celui qui gardera la chose si ni l'un ni l'autre ne peut prouver sa propriété. Il n'y a plus d'inconvénient pour personne, il n'y a que des avantages pour l'un

Sous son apparence tronquée, ce système était si efficace qu'il a été plus tard calqué dans une autre procédure qui fut probablement introduite sous les Actions de la loi, mais qui survécut de beaucoup à leur chute, dans la procédure *per sponsionem* [1]. Ici, pour faire trancher la question de propriété, une partie promet à l'autre de lui payer une somme insignifiante et qu'on ne réclamera même pas (*sponsio praejudicialis*), si cette dernière est reconnue propriétaire ; mais en même temps, elle promet, pour ce cas, avec la garantie de cautions, la restitution de la chose et de ses fruits intérimaires [2], par un autre contrat verbal calqué dans son objet sur l'engagement des *praedes* et qu'on appelle à cause de cela la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*. Ici encore le juge ne statuera que sur la petite somme qui a été promise ; mais, une fois qu'il aura donné tort au promettant, celui-ci rendra la chose et les accessoires, pour que lui et les cautions ne soient pas tenus de la stipulation *pro praede litis et vindiciarum*.

Seulement la procédure *per sponsionem* appartient déjà à un système nouveau par un trait qui la sépare profondément de l'ancienne procédure du *sacramentum in rem*. Au lieu d'être une procédure double, où les deux parties jouent à la fois le rôle de demanderesse et de défen-

que ; enfin un dernier selon lequel, après que le juge avait statué sur le *sacramentum*, il y avait, afin de permettre la *manus injectio* contre le perdant, une procédure accessoire d'estimation (*arbitrium liti aestimandae*), attestée notamment en matière d'action personnelle par la loi Acilia de 631-632 et à laquelle on rapporte aussi le texte de Festus, cité n. 1. V. les renvois dans Cuënot. Mais en dehors des objections qu'on peut faire à chacune de ces conjectures, elles sont toutes rendues superflues par l'engagement des *praedes*.

1. Gaius, 4, 91. 93. 95. Cf. Stintzing, *Verhältniss der legis actio sacramenti zu d. Verfahren durch sponsio praejudicialis*, 1853. O. Lenel, *Ed.*, § 281 ; Naber, *Mélanges Girard*, 2, pp. 309-317, et *Mnemosyne*, 42, 1914, pp. 363-368. Une doctrine due à de Keller, *Procédure des Romains*, §§ 25-27, considère, à la vérité, cette procédure comme née seulement depuis l'introduction de la procédure formulaire. Mais c'est, à notre sens, une invention des praticiens, que rien ne force à faire dater seulement de l'époque où le contrat verbal a fondé la *condictio certae pecuniae* du système formulaire. Elle a pu fonctionner rationnellement depuis qu'il a fait naître la *legis actio per condictionem* de la loi Silia, — que les parties avaient avantage à employer à la place de l'*actio sacramenti in rem*, parce qu'elle avait des formes plus simples, parce qu'il n'y avait pas de peine imposée au perdant au profit de l'Etat et que le perdant pouvait même n'y pas encourir de peine au profit du gagnant, la *sponsio* étant *praejudicialis* (Gaius, 4, 94) et les parties pouvant probablement s'entendre pour écarter la *sponsio* et la *restipulatio tertiae partis* (Gaius, 4, 171) qui d'ailleurs serait ici minime, — et même depuis qu'il a fait naître la *legis actio sacramenti in personam*, — à laquelle les parties avaient avantage à recourir de préférence au *sacramentum in rem*, d'abord parce que le cérémonial du *sacramentum in personam* était plus simple que celui du *sacramentum in rem*, ensuite parce qu'elles pouvaient ainsi risquer seulement le *sacramentum* de 50 as pour la petite créance, objet de la *sponsio*, au lieu de celui de 500 as auquel elles auraient été astreintes pour une action réelle relative à une chose valant plus de 1000 as (Gaius, 4, 16).

2. Dont la stipulation prescrit que la valeur sera doublée faute de restitution en nature. Paul, *Sent.*, 1, 13 *b*, 8. 5, 9, 1, et les observations de Lenel.

deresse, où elles doivent pareillement prouver leur droit, où elles sont égales au point de vue de la preuve, c'est une procédure simple où il y a un demandeur et un défendeur, un demandeur qui doit prouver son droit pour triompher, un défendeur qui n'a rien à prouver, qui n'a rien à craindre, si le demandeur ne fait pas sa preuve : c'est une procédure simple où le demandeur se dit propriétaire et doit le prouver, tandis que le défendeur peut se contenter de le nier.

Il y a là une innovation très importante ; mais l'origine s'en rattache à ce qui se passait déjà pratiquement dans le *sacramentum in rem* au cas où les deux *sacramenta* étaient déclarés *injusta* et où par conséquent celui qui avait reçu la chose à titre intérimaire n'avait pas à la rendre. La restitution se trouvait donc, en fait, n'être imposée à celui qui possédait que quand la propriété de l'autre était prouvée, et c'est à cause de cette importance de la possession intérimaire qu'on cessa, croyons-nous, dès le temps des Actions de la loi, de la conférer arbitrairement, qu'on établit dès alors (p. 284, n. 1) les interdits *uti possidetis* et *utrubi* destinés à faire reconnaître lequel des deux plaideurs était le possesseur auquel devaient être attribuées les *vindiciae*, auquel devait rester la chose si les deux *sacramenta* étaient déclarés *injusta* [1]. Depuis lors, même dans le *sacramentum in rem*, il y avait en réalité un demandeur et un défendeur dont les rôles étaient déterminés par la possession, et c'est sans doute aussi depuis lors que s'est surtout développée la procédure *per sponsionem* où précisément le possesseur jouera le rôle de défendeur et le plaideur qui ne possède pas celui de demandeur [2].

1. V. Esmein, *N. R. H.*, 1877, p. 499. De Ihering, *Esprit du Dr. R.*, 4, p. 491. *Fondement de la protection possessoire*, p. 67 et ss. M. Cuq, *N. R. H.*, 1894, p. 13, objecte que l'attribution des *vindiciae* ne règle la possession que pour la durée du procès (*interim*, dit Gaius, 4, 16). Mais cela n'empêche pas que celui qui les a reçues gardera la chose, après le procès, sans que son adversaire puisse la lui enlever, sans qu'elle puisse lui être enlevée jusqu'à ce qu'il se présente un autre adversaire mieux qualifié, absolument comme ferait celui qui aurait triomphé successivement dans l'interdit *retinendae possessionis* et dans la revendication du droit moderne.

2. Cette procédure donnait, dès le principe, à celui qui y jouait le rôle de défendeur, qui avait la possession et qui faisait la promesse, tous les avantages du *sacramentum in rem*. Elle donnait également, dès le principe, à celui qui y jouait le rôle de demandeur tous les avantages qu'il aurait eus dans un procès par *sacramentum in rem* où la possession intérimaire ne lui aurait pas été attribuée ; mais elle ne lui donnait que ceux-là, pas ceux qu'il eût eus si le magistrat lui avait attribué la possession. Par conséquent des plaideurs entreprenants, sûrs de leur droit et se faisant forts de le prouver, ont pu dès alors consentir à prendre le rôle de demandeurs et à laisser à leurs adversaires le bénéfice de la possession provisoire. Mais il a dû anciennement arriver plus souvent que les deux plaideurs, également prudents, aient mieux aimé tous deux se ménager la chance d'obtenir du magistrat la possession intérimaire. Au contraire, depuis que la possession, au lieu d'être attribuée arbitrairement au cours du procès en revendication, est réglée d'avance d'une manière distincte et maintenue à celui qui l'avait auparavant par les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, on sait d'avance quel est celui qui gardera la chose si ni l'un ni l'autre ne peut prouver sa propriété. Il n'y a plus d'inconvénient pour personne, il n'y a que des avantages pour l'un

Le même caractère d'action simple, la même différence de situation entre le *petitor* et le *possessor* et jusqu'à un certain point la même sanction par voie de *satisdatio* se rencontrent dans une autre procédure de revendication qui n'a pu naître que sous le système formulaire, la procédure *per formulam petitoriam vel arbitrariam*, qui apparaît pour la première fois en 684 dans les plaidoyers de Cicéron contre Verrès[1] et qui, sans avoir complètement supplanté la procédure *per sponsionem* à l'époque classique[2], y est devenue la procédure la plus habituelle. Là encore l'exécution est garantie par des cautions, par la *satisdatio judicatum solvi*, le demandeur doit prouver son droit pour triompher et le défendeur est celui qui possède. Mais, après vérification de l'*intentio*, le juge, auquel la question posée est celle de la propriété du demandeur[3], et non pas d'une créance prise pour prétexte, ne se contentera pas d'une *pronuntiatio* sur ce droit de propriété correspondant au jugement sur la *sponsio*. Il procédera lui-même à l'examen des restitutions à faire pour satisfaire le demandeur et, à défaut de restitution, à la condamnation à son profit qui, l'une et l'autre, dans la procédure *per sponsionem*, n'auraient pu faire l'objet que du second procès sur la stipulation *pro praede litis et vindiciarum*. Le nouveau mode d'agir incorpore dans le procès principal ce qui ne rentrait auparavant que dans le procès accessoire, précisément parce que la revendication en est l'objet direct au lieu d'en être l'objet détourné. C'est surtout en considérant cette procé-

et l'autre à remplacer le *sacramentum in rem* par un procès *per sponsionem* où le possesseur jouera le rôle de promettant et celui qui ne possède pas le rôle de stipulant.

1. *In Verr.*, 2, 2, 12, 31. Cf. Wlassak, *Processgesetze*, 1, p. 115 et ss. La mention la plus ancienne qu'on en rencontre postérieurement est du contemporain de César Alfenus Varus, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 57. Cf. Paul, *D.*, *h. t.*, 58.

2. Celle-ci fonctionne encore à l'époque formulaire sous deux formes indiquées par Gaius, 4, 91. 93. 95 : 1° par voie de *sacramentum in personam*, quand on veut agir par Action de la loi pour saisir le tribunal des centumvirs (Gaius, 4, 31) et qu'on le fait, à raison d'une loi Crepereia inconnue, en réclamant le montant d'une *sponsio praejudicialis* de 125 sesterces, qu'à la vérité beaucoup d'interprètes prennent, à tort à notre sens, pour le montant d'un *sacramentum in rem* ; v. *N. R. H.*, 1895, pp. 422-423 ; 2° par une formule, délivrée à la suite d'une stipulation préjudicielle de 25 sesterces et dont certains interprètes nous paraissent seulement défigurer le caractère en y voyant une formule prescrivant au juge de condamner à la valeur de la chose si les 25 sesterces sont reconnus être dus. La stipulation de 25 sesterces ne peut, sous le système formulaire comme auparavant, faire naître d'action que pour 25 sesterces ; la formule délivrée en vertu de cette stipulation ne prescrira au juge de condamner qu'à ces 25 sesterces, si le demandeur est propriétaire. Seulement, à côté de cette stipulation de 25 sesterces, il y avait ici, comme dans les procès centumviraux à côté de la stipulation de 125 sesterces, la stipulation *pro praede litis et vindiciarum* (p. 353, n. 2), en vertu de laquelle on pouvait ensuite agir contre le promettant et ses cautions pour leur demander des dommages-intérêts, si le procès avait été jugé en faveur du stipulant et si la chose et ses accessoires n'avaient pas été rendus (cf. Gaius, 4, 89).

3. Gaius, 4, 41 : *Si paret hominem ex jure quiritium A. Agerii esse*. Cf. Cicéron, *In Verr.*, 2, 12, 31.

dure que nous allons indiquer les conditions d'existence et les effets de la revendication.

Les conditions d'exercice de la revendication se rapportent à son objet, la chose revendiquée, et à ses sujets, le demandeur et le défendeur.

α) Étant la sanction du droit de propriété quiritaire, elle exige comme objet une chose romaine, — ce qui exclut les fonds provinciaux et peut-être anciennement les *res nec mancipi*, — et une chose corporelle individuellement déterminée, — ce qui exclut non seulement la revendication des choses incorporelles, mais celle faite en bloc de plusieurs choses distinctes et celle des choses qui ont perdu leur existence par incorporation à une autre chose[1].

β) Chez le demandeur, elle requiert, d'une part, qu'il soit propriétaire, — ce qui exclut à la fois les personnes qui ne sont pas susceptibles de propriété quiritaire, les pérégrins, et les personnes qui ont seulement acquis par des modes prétoriens, les propriétaires prétoriens, — et, d'autre part, dans le droit développé, qu'il ne possède pas ; car, dit-on alors, s'il possède, sa possession lui suffit[2].

γ) Quant au défendeur[3], pour lequel il faut noter qu'il n'est jamais obligé de défendre à l'action, qu'il peut toujours s'y soustraire en abandonnant la chose[4], il n'a plus besoin, comme sous les Actions de la loi,

1. V. sur le dernier point les pp. 335 et ss., sur le précédent les distinctions indiquées p. 255.

2. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 2 : *Ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.* Cependant il faut s'entendre : celui qui a un interdit *retinendae possessionis* pour faire maintenir sa possession et qui par conséquent possède, peut, d'après des textes formels (*D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 12, 1), revendiquer, s'il le préfère. C'est un point discuté de savoir si celui qui possède par l'intermédiaire d'autrui, d'un dépositaire, d'un fermier, peut revendiquer contre celui par qui il possède, ainsi que le pensait déjà la Glose qui voyait même là l'*unus casus* toujours cherché dans lequel, d'après Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 2, *qui possidet partes actoris obtinet.* Cf. Landsberg, *Glosse des Accursius und ihre Lehre des Eigenthums*, 1883, p. 274. V. chez Scialoja, *Unus casus* (*Volume delle onoranze Simoncelli*, Naples, 1916), la discussion critique des très nombreux systèmes et la démonstration élégamment conduite de sa doctrine propre (résistance à la revendication du troupeau pour des têtes de bétail déterminées).

3. V. Siber, *Die passivlegitimatio bei der Reivindicatio*, 1907 et les comptes-rendus de Kuebler, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 481-489, et H. Krueger, *Z.* de Grünhut, 36, 1909, pp. 401-415 ; O. Lenel, *Z.* de Grünhut, 37, 1910, pp. 515-556.

4. Furius Anthianus, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 80 (Lenel, 3) : *In rem actionem pati non compellimur.* Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 156, *pr.* : *Invitus nemo cogitur rem defendere.* V. sur ces textes, Wlassak, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 132 et ss. ; Lenel, *Z.* de Grünhut, 37, 1910, pp. 518 et ss. Le procès ne se liera que quand le défendeur aura accepté de défendre à la revendication en fournissant la *satisdatio* exigée de tout défendeur à une action réelle, ici la *satisdatio judicatum solvi* (en matière d'action réelle intentée *per sponsionem*, la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* ; v. p. 346, n. 2). Faute d'administration de cette *satisdatio*, la possession sera transférée du défendeur qui la refuse au demandeur qui l'offre par l'interdit *quem fundum* en matière d'immeubles (fr. de Vienne des *Inst.* d'Ulpien, *Textes*, p. 489) et en matière de meubles par un déplacement matériel (*rem duci vel ferri* : Ulpien, *D.*, 2. 3, *Si quis*, 1, 1) autorisé par le magistrat devant lequel

pour être admis à combattre la demande, de se prétendre lui-même propriétaire : il peut se contenter de contester la propriété du demandeur, refuser de rendre la chose tant que cette propriété ne sera pas établie, et il a qualité pour soutenir le procès, qu'il soit possesseur ou simplement détenteur[1], sauf une atténuation admise par Constantin en matière de revendication d'immeubles, dans l'intérêt de ceux qui possèdent par l'intermédiaire d'autrui, par exemple par l'intermédiaire de fermiers, et qui auront désormais le droit d'être mis en cause[2]. Justinien a fait une innovation plus profonde, qui nous est mensongèrement présentée comme remontant à la période classique, en admettant que la revendication pourrait être efficacement intentée à titre pénal, pour les faire condamner faute de restitution, contre deux personnes qui n'ont ni la possession, ni la faculté de rendre (*ficti possessores*) : contre celui qui a cessé par dol de posséder (*qui dolo desiit possidere ante litem contestatam*) et contre celui qui sans avoir la chose entre les mains s'est laissé poursuivre comme s'il l'avait, peut-être dans le but de permettre au véritable possesseur d'achever pendant ce temps une usucapion commencée (*qui liti se obtulit*)[3].

la production du meuble sera procurée par l'action *ad exhibendum* (cf. Lenel, *Edictum*, p. 132 et *Edit*, 1, p. 153 ; *Z.* de Grünhut, 37, pp. 519-521 ; H. Pissard, *Etudes Girard*, 1, pp. 241-257).

1. Le contemporain de Vespasien Pegasus n'admettait encore la revendication que contre le possesseur ; mais Ulpien l'admet au contraire contre tous ceux *qui tenent et habent restituendi facultatem*, dépositaires, fermiers, etc., aussi bien que contre le vrai possesseur dont ils sont les agents, dans un texte d'ailleurs fortement remanié, *D.*, *h. t.*, 9.

2. Le système admis à l'époque classique n'empêchait pas le propriétaire, dont le fermier avait défendu à la revendication et y avait été battu, de pouvoir revendiquer à son tour contre le gagnant du premier procès auquel il n'avait pas figuré, mais il lui fallait prendre le rôle de demandeur, tandis que, si le premier procès avait été intenté contre lui, il eût eu l'avantage du rôle de défendeur. Pour éviter cela, la constitution de Constantin oblige le détenteur poursuivi à indiquer immédiatement celui pour qui il possède (*laudare auctorem suum*). Sur cette déclaration, le demandeur devra s'arrêter jusqu'à l'expiration d'un délai dans lequel la demande sera notifiée au possesseur. Après quoi, ou le possesseur se présentera, et l'agent de sa possession sera mis hors de cause, ou il ne se présentera pas, et le juge, après un examen sommaire, transfèrera la possession de la chose au demandeur contre lequel ce sera désormais à l'ancien possesseur de revendiquer s'il veut (*C.*, 3, 19, *Ubi in rem actio*, 2). Cf. C. civ., art. 1727.

3. Les deux dispositions ont dans l'histoire de la revendication une importance considérable en ce qu'elles font cette action sanctionner non plus un droit réel, mais un droit de créance. On les rattachait autrefois l'une et l'autre au sénatus-consulte Juventien de l'an 129 sur la pétition d'hérédité. Elles sont le produit de développements indépendants et beaucoup plus récents sur lesquels un certain jour avait déjà été jeté par le livre fondamental de Demelius, *Exhibitionspflicht*, 1872, p. 185 et ss., mais qui n'ont été entièrement éclaircis que tout récemment. 1° Celui *qui dolo desiit possidere*, c'est-à-dire non seulement celui qui a aliéné pour se soustraire au procès, contre lequel il y a déjà une *in integrum restitutio* spéciale et une action particulière (*Textes*, p. 145, n° 146 ; cf. Lenel, *Edictum*, § 46 ; Partsch, *De l'édit sur l'alienatio judicii mutandi causa facta*, 1909, et les comptes-rendus de

MEDIAEVAL STUDIES

Quant aux résultats de l'action, elle échouera naturellement, si le demandeur ne peut pas faire sa preuve, qui se résume essentiellement dans celle au reste assez difficile de son droit de propriété [1]. Elle échouera

Mitteis, *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 451-454, et de Pissard, *N. R. H.*, 1910, pp. 377-396), mais quiconque, sachant ne pas être propriétaire de la chose, s'en dépouille d'une façon quelconque, soit en l'abandonnant, soit en la détruisant, sera tenu comme s'il la possédait, en vertu de la règle *dolus pro possessione est,* qui est présentée au Digeste comme déjà étendue à la revendication par des textes de Paul, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 27, 3, et même de Julien, *D.*, *h. t.*, 52, mais, si la règle remonte en effet à une époque précoce, son application directe à la revendication ne date que de Justinien. L'idée de ce système paraît encore inconnue à Aquilius Gallus, qui ne la mentionne pas dans la stipulation aquilienne, d'après le texte rapporté *D.*, 46, 4, *De accept.*, 18, 1, et corrigé précisément pour cela *Inst.*, 3, 29, *Quib. mod.*, 2 ; mais elle s'introduisit très peu après, dès avant Labéon, notamment en matière d'interdits où le dol est assimilé à la possession pour les uns par leurs termes exprès, pour les autres par l'interprétation (cf. Ubbelohde dans Glück, série des livres 43-44, 1, 1890, pp. 333-347) et en matière d'action *ad exhibendum* où l'on assimile pareillement à celui qui peut exhiber celui qui s'est mis par dol hors d'état de le faire (Labéon chez Pomponius, *D.*, 10, 4, *Ad exh.*, 15 ; cf. Lenel, *Edictum*, § 90, qui considère l'extension comme étant exprimée par la formule même de l'action et Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 451, qui le nie). Et précisément cette dernière solution a fait qu'on n'a pas eu besoin d'étendre la règle à la revendication où, en matière de meubles, la personne empêchée de revendiquer avait l'action *ad exhibendum.* C'est seulement Justinien qui a transporté la règle à la revendication en changeant la destination ou en modifiant le contenu des textes : ainsi en rapportant à la revendication une solution donnée par Julien, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 52 (Lenel, 727), en matière de *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* (v. Siber, pp. 12-13 ; Partsch, p. 34, n. 1 ; Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1910, p. 27, note ; Lenel, *Z.* de Grünhut, p. 536) ; ainsi en renversant le sens de Paul, *D.*, *h. t.*, 27, 1, pour lui faire dire que celui qui a cessé de posséder par dol est tenu de la revendication, puisque le sénatus-consulte Juventien donne contre lui la pétition d'hérédité, tandis que Paul écrivait qu'il n'est pas tenu de la revendication, puisqu'il a fallu le sénatus-consulte Juventien pour donner contre lui la pétition d'hérédité, comme l'ont aperçu simultanément, dans des études parues à un mois de distance, Gradenwitz, *Festgabe für Güterbock*, 1910, pp. 305-320, et Lenel, *Z.* de Grünhut, 37, 1910, pp. 537-538. — 2° Quant à celui *qui liti se obtulit,* d'après la doctrine la plus répandue, il a commencé par être absout sur l'action réelle et ne pouvoir être atteint que par une action *ex stipulatu* née de la *clausula doli* de la caution *judicatum solvi* (p. 353, n. 2), mais on a plus tard admis la revendication contre lui, sans doute pour mettre comme montant de la condamnation, à la place d'un préjudice délicat à apprécier, la valeur de la chose déterminée par le *jusjurandum ad litem* du demandeur, suivant un progrès qu'on croyait autrefois encore ignoré de Gaius, *D.*, 4, 3, *De dolo malo*, 59, mais déjà connu par Marcellus, *D.*, 5, 3, *De H. P.*, 13, 13, par Ulpien, *D.*, 8, 1, *De R. V.*, 25, et par Paul, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 27, *pr.*, qu'on estime aujourd'hui dater seulement de Justinien par qui ces textes ont été interpolés dans ce sens. V. Lenel, pp. 532-534. A notre avis, il est bien vrai que depuis le temps de Marcellus jusqu'à celui de Justinien, on n'accordait contre lui que l'action *ex stipulatu* ; mais auparavant la question avait déjà été agitée entre les Proculiens qui donnaient contre lui la revendication (p. 349, n. 1) et les Sabiniens qui donnaient l'action *ex stipulatu,* et c'est Marcellus qui, pour des raisons difficiles à pénétrer, a fait prévaloir la doctrine sabinienne en généralisant une solution adoptée par le Proculien Celse, *D.*, 5, 3, *De H. P.*, 45, seulement pour la pétition d'hérédité. V. P. Maria, *Etudes Girard*, 2, pp. 237-261.

1. On présente d'ordinaire la preuve qui incombe au demandeur comme com-

encore, bien que le demandeur ait prouvé sa propriété, si le défendeur prouve le bien fondé d'une exception qu'il aura fait insérer dans la formule pour faire écarter la condamnation, — comme il le peut sous la procédure formulaire à la différence de la procédure des Actions de la loi, — et qui pourra notamment [1] être une exception fondée sur son droit de conserver la chose en vertu d'un droit réel, peut-être même d'un droit personnel (*exceptio usus fructus*, *exceptio hypothecaria*, par exemple), ou sur l'obligation de le garantir contre l'éviction dont le demandeur est tenu envers lui (*exceptio doli*, *rei venditae et traditae*, *rei donationis causa traditae*, etc.) [2], ou sur son droit de retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été remboursé de certaines impenses faites sur elle (*exceptio doli*) [3].

prenant : 1° la preuve de son droit de propriété ; 2° la preuve de la possession du défendeur. Mais pratiquement, ce dernier point est déjà tranché quand l'instance se lie. Elle ne se lie pas quand il refuse la caution *judicatum solvi* en niant posséder (Paul, citant Javolenus, *D.*, 11, 1, *De interrog. in jure*, 20, 1, et texte modernisé de Furius Anthianus déjà cité, p. 347, n. 4), pas plus que quand il la refuse pour une cause quelconque. Elle ne se lie que quand il a reconnu explicitement ou implicitement posséder. Le demandeur n'a plus alors à fournir la preuve d'un fait acquis. La seule question qu'on peut se poser est la question de savoir si le défendeur pourra être admis à la preuve contraire, écarter la sentence dont il est menacé en prouvant soit qu'il a cessé de posséder depuis la *litis contestatio*, soit même au temps où la revendication n'est pas donnée contre celui *qui litis se obtulit* (p. 348, n. 3, 2°), qu'il ne possédait pas au moment de la *litis contestatio*. V. en ce sens Lenel, pp. 530-534, et Paul, *D.*, 6, 1, 27, 1. Cf. chez Maria, *Etudes Girard*, 2, pp. 223-261, les vestiges d'une doctrine ancienne soutenue tout au moins par certains Proculiens, qui rejetait absolument cette preuve contraire.

1. V. Windscheid, 1, § 197. Ad. Last, *Z.* de Grünhut, 36, 1909, pp. 433-526.

2. *D.*, 21, 3, *De exc. rei venditae et traditae*. Ainsi exception de l'acquéreur d'une *res mancipi* contre celui qui lui en a fait simple tradition ; de l'acquéreur d'une chose quelconque contre son vendeur devenu propriétaire seulement après la délivrance (*D.*, *h. t.*, 1, *pr.*). Sur le rapport, dans cette fonction, de l'exception de dol et de l'exception *rei venditae et traditae*, v. en sens divers, H. Krueger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, 1, 1892, pp. 1-92, et Erman, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 237-259.

3. La théorie des impenses, distinguées en *impensae necessariae*, sans lesquelles la chose eût péri ou eût été détériorée (*D.*, 50, 16, *De V. S.*, 79, *pr.*), *utiles*, qui lui ont donné une plus-value (Ulpien, *Reg.*, 6, 16) et *voluptuariae*, ou de pur agrément (*D.*, 50, 16, *De V. S.*, 79, 2), s'est sans doute d'abord constituée par rapport à l'obligation du mari de rendre la dot. Mais elle a été transportée, dès avant le temps d'Hadrien, à la matière de la revendication où elle s'entrecroise du reste peu heureusement avec la distinction de la bonne et de la mauvaise foi étrangère à son premier domaine. Dans le système définitif, le possesseur de bonne foi, à moins d'être indemnisé de ses impenses par les fruits qu'il a recueillis (*D.*, 6, 1, *De R. V.*, 48), a le droit de ne rendre la chose qu'après avoir reçu le montant de ses impenses nécessaires et soit les frais, soit la plus-value de ses impenses utiles (Celse, *D.*, *h. t.*, 38), tandis qu'il n'a pour les impenses voluptuaires que le droit d'en enlever le produit en tant qu'il s'y prête (qu'il s'agit par exemple de travaux matériels et non pas d'arts d'agrément appris à un esclave) et que la chose peut se faire sans dégât. Quant au possesseur de mauvaise foi, sauf le voleur qui n'a aucun droit (*C.*, 8, 51 [52], *De inf. exp.*, 1), il a fini par pouvoir réclamer le montant de ses impenses nécessaires (Gordien, *C.*, 3, 32, *De*

Si au contraire le demandeur a fait sa preuve et qu'il n'y ait pas d'exception de prouvée à son encontre, le juge va lui donner raison et, conformément au principe du système formulaire selon lequel toutes les condamnations sont pécuniaires, la condamnation que la formule lui prescrit de rendre au profit du propriétaire sera une condamnation à une somme d'argent. Mais c'est précisément afin de remédier à cela que la formule pétitoire présente une rédaction spéciale, que c'est une formule arbitraire, prescrivant au juge, s'il reconnaît le bon droit du demandeur, de condamner le défendeur à moins qu'il ne restitue dans des conditions arbitrées par lui (*nisi arbitrio tuo restituat, condemna*). Avant de passer à la condamnation, le juge arbitrera la satisfaction due au demandeur. Il prescrira au défendeur de lui rendre la chose [1], avec certains accessoires (*causa rei*) [2] : avec les fruits intérimaires, avec des

R. V., 5) et par avoir, ainsi que nous avons déjà vu (p. 339, n. 2), le *jus tollendi* pour les autres impenses. La créance d'indemnité des impenses, qui d'après des textes formels, ne fait pas naître d'action (*D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 33), est d'ordinaire représentée comme invoquée à l'aide d'une exception de dol (Gaius, 2, 76. Paul, *D.*, *h. t.*, 27, 5, etc.). Mais on peut se demander, au sujet de cette exception : 1° si le juge ne pourrait pas même en son absence s'occuper des impenses dans son *arbitrium*, en vertu du pouvoir d'appréciation qui lui y est reconnu ; 2° si, au cas où le juge saisi par l'exception en reconnaît le bien fondé, il devra, comme dans les cas des deux exceptions précédentes et comme c'est à notre sens la règle générale, absoudre le défendeur ou s'il pourra le condamner au reliquat. On pourrait soutenir, sur le premier point, que l'office du juge de la revendication comprend déjà le pouvoir d'apprécier les impenses et que, par conséquent, si on insère l'exception, c'est pour donner au juge le pouvoir de repousser la demande au cas de refus de paiement du demandeur (Brinz, *Pandekten*, 1, p. 659 ; Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 289. 295, n. 2). Quant au second, nous croyons que là comme ailleurs la preuve de l'exception entraîne, en principe, l'absolution du défendeur. On invoque en sens contraire le texte très connu de Celse, *D.*, *h. t.*, 38, dont la finale parle de *deductio* des impenses et de condamnation au reliquat. Mais il doit être mis hors de cause, parce qu'en admettant que cette finale soit de Celse (l'interpolation soutenue par Eisele, *Compensation*, 1876, pp. 84-85, et par Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 294, n. 1, a été solidement contestée par Erman, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 352-365), il ne dit pas que les impenses soient invoquées à l'aide d'une exception. Au contraire, deux autres textes certainement purs disent ici très clairement que la revendication est écartée pour le tout (*D.*, 44, 4, *De d. m. exc.*, 4, 9. Dioclétien, *C.*, 3, 32, *De R. V.*, 16 ; cf. Appleton, *Compensation*, p. 371). On devrait même, nous semble-t-il, dire logiquement que dans ce cas l'effet de l'exception ne pourra être écarté par l'exécution de l'*arbitrium* ; car il n'y a d'*arbitrium* de prononcé que quand l'exception n'est pas prouvée ; cf. pourtant Papinien, *D. h. t.*, 65, *pr*.

1. Restitution qui se fera d'ordinaire par simple remise de la possession, qui exigera de plus la translation de la propriété quand le défendeur sera devenu propriétaire par usucapion depuis la *litis contestatio*, qui pourra aussi soit dans un cas, soit dans l'autre, être accompagnée de cautions. Cf. *D.*, *h. t.*, 18 ; 45.

2. La *causa rei* comprend, dit Gaius, *D.*, *h. t.*, 20, tout ce que le demandeur aurait eu si la restitution avait été faite au moment de la demande. Et on applique en effet rigoureusement ce principe au possesseur de mauvaise foi qu'on considère comme mis en demeure par la *litis contestatio*, qui par conséquent est responsable des pertes totales ou partielles de la chose, même survenues par cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que le propriétaire en eût également souffert au cas de restitution (*D.*, *h. t.*, 15, 3), qui par conséquent aussi doit, dans la doctrine

indemnités relatives aux détériorations subies par la chose depuis la *litis contestatio* et dont, d'ailleurs, comme des fruits intérimaires, le défendeur est responsable d'une façon différente selon qu'il est de bonne ou de mauvaise foi, avec aussi des indemnités relatives à certaines détériorations subies par la chose auparavant, s'il est de mauvaise foi [1], mais, croyons-nous, sans les fruits antérieurs à la *litis contestatio*, dont le possesseur n'est pas comptable s'il est de bonne foi et n'est comptable que par des actions distinctes s'il est de mauvaise foi [2].

dominante, la valeur de tous les fruits que le propriétaire aurait pu percevoir (*D.*, *h. t.*, 62, 1). Et il y a des textes qui porteraient à croire que ce principe s'applique à tous les possesseurs ; car ils disent que tous les possesseurs deviennent de mauvaise foi par la *litis contestatio* (Ulpien, *D.*, 5, 3, *De H. P.*, 25, 7). Mais on admet généralement aujourd'hui que ces textes reproduisent seulement un système vieilli ou peut-être des règles relatives à une matière spéciale (usucapion *pro herede* ?) et qu'en droit classique, le possesseur de bonne foi n'est pas, à la différence du possesseur de mauvaise foi, mis en demeure par la *litis contestatio* quand il refuse de rendre la chose sans procès par suite de sa croyance en son bon droit (Julien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 63 : *Qui sine dolo malo ad judicium provocat non videtur moram facere*). Seulement il sait désormais qu'il peut avoir à rendre la chose, il doit agir en conséquence et par conséquent il sera comptable non pas des destructions totales ou partielles produites par cas fortuit, mais de celles qui viennent de sa faute (*D.*, *h. t.*, 21 ; 36, 1), non pas des fruits que le propriétaire aurait perçus, mais de ceux que lui-même a perçus ou qu'il aurait pu percevoir.

1. Le possesseur de bonne foi n'encourt aucune responsabilité pour la perte ou la détérioration de la chose survenue avant la *litis contestatio*. Quant au possesseur de mauvaise foi, le principe qu'il reste tenu quand il cesse par dol de posséder, doit s'appliquer, depuis qu'il est admis, à la perte partielle comme à la perte totale. Mais, à notre sens, c'est tout. Il ne doit pas plus être tenu des pertes totales que des détériorations survenues auparavant, soit par cas fortuit, soit par sa faute, à moins d'être un voleur, qui est en demeure par le fait même du vol. L'opinion autrefois répandue (Savigny, Vangerow) selon laquelle il serait tenu de la perte totale survenue par sa faute, méconnaît le principe d'après lequel la revendication (ou l'action *ad exhibendum* : p. 348, n. 3) n'est possible que contre celui qui possède ou qui a cessé par dol de posséder (Windscheid, 1, § 194, n. 13). L'opinion encore dominante selon laquelle il serait tenu non pas de la perte, mais des détériorations survenues par sa faute (Windscheid, *loc. cit.*), est un illogisme qui pour l'époque classique ne s'appuie sur aucun texte ; car tous ceux qu'on invoque peuvent être entendus de la période postérieure à la *litis contestatio*, sauf deux qui dans leur forme première ne se rapportaient pas à la revendication, mais l'un, *C.*, *h. t.*, 5, probablement à l'interdit *unde vi* et l'autre, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 45 (Lenel, 1470), à l'interdit *quam hereditatem*. V. en ce sens Brinz, *Pandekten*, 1, p. 62 ; Pfersche, p. 52 et ss., p. 209 et ss.

2. V. sur le premier point, p. 331, n. 1 et 2, sur le second, Esmein, *Mélanges*, p. 194 et ss. Pernice, *Labeo*, 2, p. 354. Le propriétaire de la chose, étant propriétaire des fruits, peut les revendiquer, tant qu'ils existent, et, après leur consommation injuste, en réclamer la valeur par une *condictio*, disent non seulement Ulpien, *D.*, 13, 7, *De P. A.*, 22, 2, mais Dioclétien, *C.*, 4, 9, *De cond. ex lege*, 3. — Cette action distincte ne s'applique qu'aux *fructus percepti* ; mais le fait même que ces fruits perçus ne peuvent, à l'époque classique, être réclamés avec la chose, rend à notre avis invraisemblable qu'on puisse alors réclamer avec elle les fruits que le possesseur a omis de percevoir. Un texte de Labéon que Paul commente sans en contester la solution (*D.*, *h. t.*, 78) dit positivement que le possesseur n'est pas comptable des fruits qu'il n'a pas perçus et le texte de Papi-

Le caractère de cette interpellation adressée par le juge au défendeur est discuté. D'après une doctrine, c'est un ordre qui peut, dès l'époque de la procédure formulaire, être, en cas de résistance, mis à exécution par la force publique. A notre sens, c'est une simple invitation, une communication par laquelle le juge fait connaître au défendeur un moyen d'éviter la sentence de condamnation [1]. Mais, en tout cas, le défendeur n'est pas libre de la dédaigner impunément; car, s'il omet volontairement de l'exécuter ou s'il s'est mis volontairement dans l'impossibilité de le faire, le montant de la condamnation rendue à défaut d'exécution sera déterminé par le demandeur sous la foi du serment. Et il ne faudrait pas croire que la différence des actions réelles et personnelles se trouve atteinte par ce système, que le propriétaire se trouve ainsi réduit au rôle de simple créancier du montant de la condamnation, exposé comme tous les créanciers à n'avoir qu'un dividende si le défendeur est insolvable; car, pas plus dans la procédure par formule pétitoire que dans celle par sponsion, le défendeur à l'action réelle n'est admis à y défendre sans fournir une caution dans laquelle se perpétue la sûreté fournie par les *praedes litis et vindiciarum* et à défaut de laquelle, comme autrefois à défaut de *praedes*, la possession sera transférée du défendeur qui la refuse au demandeur qui l'offre. L'engagement ainsi pris avec la garantie de cautions était, dans la procédure *per sponsionem*, la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*; c'est, dans la procédure par formule pétitoire, la *satisdatio judicatum solvi* [2].

nien citant Julien qu'on a souvent invoqué en sens contraire, *D.*, *h. t.*, 62, 1, est, comme le remarquait déjà Vangerow, relatif aux fruits postérieurs à la *litis contestatio*. Cf. Goeppert, p. 133 et ss. Pfersche, p. 63 et ss., p. 14 et ss. — Le droit du demandeur de réclamer non seulement les fruits perçus, mais ceux que le défendeur aurait pu percevoir et de demander les uns et les autres au cours de la revendication de la chose apparaît seulement dans une constitution de 369 de Valentinien et Valens, *C. Th.*, 4, 18, *De fruct.*, 1, qui prescrit en même temps la restitution au double de tous ces fruits, supprimée par Justinien (on ne confondra naturellement pas le système temporairement établi par cette constitution avec celui du droit antérieur où la restitution au double ne se rencontrait que pour les fruits postérieurs à la *litis contestatio*, qui n'étaient pas restitués en nature).

1. La première doctrine s'appuie, verrons-nous en étudiant les actions arbitraires, principalement sur un texte d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 68 (Lenel, 2987), dont l'interpolation est prouvée par sa forme intrinsèque, par les probabilités générales et par d'autres témoignages du même jurisconsulte (*D.*, 27, 9, *De reb. eor.*, 3, 2).

2. Les deux *satisdationes*, dont la rédaction a été particulièrement éclairée par la détermination des livres distincts du commentaire sur l'édit d'Ulpien relatifs à la première et à la seconde (Lenel, *Ed.*, §§ 281. 282), avaient naturellement une différence de structure corrélative à la différence des procédures auxquelles elles s'appliquaient. La *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* avait, dit Ulpien, *D.*, 46. 7, *Jud. solvi*, 5, 2 (Lenel, 1705), *plures causas una quantitate conclusas*, c'est-à-dire qu'elle contenait la promesse d'une certaine somme, si l'un de plusieurs événements venait à se réaliser (clauses *ob rem judicatam*, *ob rem non defensam*, *ob dolum malum*; la *cautio judicatum solvi*, dit le même Ulpien, probablement dans le texte où il aborde son étude, *D.*, *h. t.*, 6 (Lenel, 1707), *tres clausulas in unum*

A l'époque de Justinien où les formules ont depuis longtemps disparu, mais où la procédure suivie en matière de revendication dérive de l'ancienne procédure par formule pétitoire, l'*arbitrium* du juge sera, sur la requête du demandeur, exécuté par la force publique (*manu militari*), toutes les fois que cela sera possible. On pourrait voir là un retour à l'exécution adéquate de l'action réelle antérieurement contrariée par le système des condamnations pécuniaires. Mais, en réalité, la revendication du droit byzantin est encore plus loin de l'action réelle pure servant simplement à faire recouvrer sa chose à un propriétaire que ne l'était la formule pétitoire du système de procédure antérieur. C'est, en somme, une action hybride et complexe, englobant dans un même procès une série de prétentions diverses. Elle tend, en même temps qu'à faire rendre sa chose au propriétaire, à sanctionner une infinité de créances relatives à cette chose, non seulement celles résultant des pertes ou détériorations antérieures ou postérieures à l'organisation de l'instance ou de la responsabilité des fruits intérimaires, mais celle relative aux fruits antérieurs à la *litis contestatio* que le possesseur de bonne foi a perçus et n'a pas encore consommés (*fructus exstantes*), mais celle relative aux fruits antérieurs à la *litis contestatio* que le possesseur de mauvaise foi a perçus ou qu'il a omis de percevoir (*fructus percepti, percipiendi*) — dont la première n'existait pas en droit classique et dont la seconde faisait alors, en tant qu'elle existait [1], l'objet d'un procès distinct, — mais peut-être encore d'autres chefs de créances inconnus au droit plus ancien [2]. Cette pénétration singulière d'éléments personnels dans l'action réelle, sur laquelle l'habitude nous a blasés, a commencé sous la procédure formulaire ; mais c'est seulement dans la procédure extraordinaire qu'elle a trouvé le milieu pleinement favorable à son achèvement [3].

collatas habet : *de re judicata, de re defendenda, de dolo malo*, c'est-à-dire met, l'une à la suite de l'autre, trois promesses distinctes. V. sur la rédaction des deux stipulations, Lenel, §§ 281, 282, les observations de Duquesne, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 197-288 ; *Mélanges Fitting*, 1, 1907, pp. 323-353 et la réponse de Lenel, *Edictum*, pp. XIII-XVI ; sur le mécanisme qui procurait leur administration, la p. 347, n. 4.

1. Pour les *fructus percepti*, mais non pour les *fructus percipiendi*, qu'il doit, au contraire, à notre sens, au double depuis la constitution de Valentinien et de Valens, et au simple sous Justinien, aussi bien avant la *litis contestatio* qu'après, avec cette seule différence qu'il doit les premiers, quand il aurait pu les percevoir (p. 352, n. 2), et les seconds, même sans cela, quand le propriétaire aurait pu les percevoir (p. 35, n. 2).

2. Ainsi l'obligation relative aux détériorations survenues par la faute du possesseur de mauvaise foi qui nous paraît lui être imposée par l'attribution à la revendication des textes originairement relatifs à d'autres matières citées, p. 352, n. 1.

3. Comme toutes les formations juridiques importantes, la formule pétitoire de la revendication a servi, à son tour, d'assise à une série de nouvelles formations secondaires. Nous citerons, pour grouper ici les principales : la formule Publi-

2. *Actions négatoire, prohibitoire*[1]. Si le tiers sans contester le droit de propriété prétend avoir un droit de servitude portant sur la chose, le propriétaire a contre lui l'*actio negatoria*, dans laquelle il nie la servitude, affirme par exemple *N. Negidio jus non esse fundo Corneliano uti frui invito eo*, ou, dans une rédaction différente dont l'existence est, croyons-nous, certaine en dépit des obscurités de détail, l'action *prohibitoria* dans laquelle il affirme son droit de défendre à Numerius Negidius de faire quelque chose : *Si paret A. Agerio jus esse prohibendi N. Negidium uti frui*[2].

cienne (p. 357), qui est une formule pétitoire avec la fiction que le délai de l'usucapion est accompli ; les formules de revendication données à la suite d'une *in integrum restitutio*, qui sont des formules pétitoires données avec la fiction que le fait contre lequel la *restitutio in integrum* est prononcée n'a pas eu lieu ; d'autres actions données sans *in integrum restitutio* préalable avec la fiction que la propriété n'a pas été aliénée (par exemple celle du *fr. de dediticiis*, 2 ; v. p. 114, n. 3) ; les actions données au propriétaire d'un fonds provincial (p. 361), au fermier de l'*ager vectigalis* (p. 393) et au superficiaire (p. 394), qui sont plutôt *in factum* ; la singulière revendication *repetita die* signalée, *D.*, 10, 4, *Ad exh.*, 9, 6 ; enfin une dizaine de *vindicationes utiles* éparses dans les textes, que certains auteurs essaient de confondre en tout ou partie avec l'action Publicienne, que d'autres en distinguent en voyant dans toutes des actions fictices différentes, qui seraient plutôt les unes fictices et les autres *in factum*, mais qui paraissent, à peu près toutes, des créations de Justinien, et pour lesquelles on discute vivement si elles sont seulement données contre le propriétaire, en face duquel elles créeraient par conséquent une sorte d'action personnelle renforcée, ou si elles sont, comme les actions réelles ordinaires, données *adversus omnes* ; v. de Ihering, *Gesammelte Aufsätze*, 1, 1881, pp. 47-121. Brezzo, *L'utilis actio del diritto romano, rei vindicatio utilis*, 1889, et le compte-rendu de Hugo Krueger, *Z. S. St.*, 12, 1892, pp. 163-171 ; Appleton, *Propriété prétorienne*, n[os] 245. 284. 331 ; Erman, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 207-224 ; cf. en particulier Mancaleoni, *Contributo alla storia e alla teoria della rei vindicatio utilis*, 1900, et Collinet, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, 1, 1912, pp. 174-191, qui ont spécialement souligné les interpolations de Justinien.

1. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 2 ; *D.*, 7, 6, *Si usus fructus petatur vel ad alium pertinere negetur*. 8, 5, *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*.

2. Cette seconde formule a été signalée pour la première fois en 1844, *Z. G. R.*, 12, p. 259 et ss., par Zachariae qui en avait découvert l'attestation dans une scolie des Basiliques due au contemporain de Justinien Stéphane, *Suppl. Bas.*, éd. Zachariae, p. 118. Elle est en outre visée dans quelques textes byzantins et dans au moins deux textes du Digeste (Ulpien, *D.*, 7, 6, *Si us. pet.*, 5, *pr.* Marcellus, *D.*, 8, 5, *Si serv.*, 11). Son existence, souvent ignorée, a aussi été contestée, notamment par Lenel, *Z. S. St.*, 2, 1881, p. 72 et ss. *Edictum*, ed. 1, p. 150, dont les attaques ébranlèrent même un moment Zachariae. Mais, ainsi que l'a depuis reconnu Lenel, *Z. S. St.*, 12, 1892, p. 1 et ss. ; *Edit*, 1, pp. 216-217 ; *Edictum*, ed. 2, p. 186, elle est mise au-dessus de tout doute par le témoignage explicite de Stéphane. Il est plus difficile de déterminer son rôle exact. Nous ne citerons que deux systèmes : suivant une doctrine proposée par Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 470 et admise par Monnier, *N. R. H.*, 1895, p. 684, elle serait donnée dans le cas où le demandeur veut faire cesser tout de suite des actes impliquant une lésion imminente et où ce demandeur obtiendrait en donnant caution l'interruption des travaux durant le procès (cf. *D.*, 8, 5, *Si serv.*, 6, 1. *D.*, 8, 2, *De S. P. U.*, 15), tandis que, dans l'action négatoire, les travaux continueraient sur la caution donnée par le défendeur ; suivant Lenel, l'action prohibitoire serait donnée quand

A nous en tenir à l'action négatoire, c'est une action réelle civile comme la revendication qui, comme elle, n'appartient qu'au propriétaire quiritaire, qui s'intentait, comme elle, à l'époque des Actions de la loi, par la procédure du *sacramentum in rem*, qui s'est aussi intentée *per sponsionem* et qui, à l'époque classique, s'intente, comme elle, principalement par formule pétitoire [1]. Mais elle en diffère à certains points de vue.

a) Tandis que la revendication n'appartient, en droit classique, qu'au propriétaire qui ne possède pas, l'action négatoire appartient au propriétaire qui prétend que sa chose n'est pas grevée de servitude, aussi bien quand il exerce la propriété comme libre que quand l'autre exerce la servitude [2].

b) L'*arbitrium*, rendu par le juge avant de passer à la condamnation, n'aura pas d'ordinaire ici le même objet qu'en matière de revendication. Il pourra bien être comme là une invitation de restituer, quand le prétendu usufruitier aura la chose entre les mains, quand le prétendu titulaire d'une servitude d'appui aura fait un trou dans le mur du propriétaire qui intentera l'action négatoire ; mais ce sera le plus souvent, à côté ou même exclusivement, l'invitation de faire une promesse, de fournir la *cautio de non amplius turbando* [3].

c) Enfin c'est un point controversé de savoir si, pour triompher, le demandeur n'aura besoin de prouver que sa propriété de laquelle résulterait la négation du droit du tiers, tant que celui-ci ne serait pas arrivé à le prouver, ou s'il ne lui faudra pas prouver d'abord l'existence de son droit de propriété et ensuite l'inexistence de la servitude [4].

le défendeur invoque une servitude qui n'existe que *tuitione praetoris* et qui ne peut, comme cela arriverait dans l'action négatoire, être désignée du nom de *jus* réservé aux véritables droits existant *jure civili*. V. pour les autres systèmes et la bibliographie, Lenel, *Z. S. St.*, 12, 1892, pp. 1-14. Monnier, *N. R. H.*, 1895, pp. 681-684.

1. C'est à tort, croyons-nous, que M. Lenel conteste, *Edictum*, p. 186 (*Edit*, 1, p. 219), la présence de la *clausula arbitraria* dans les actions confessoires et négatoires relatives aux servitudes prédiales.

2. V. par exemple, *D.*, 7, 6, *Si us. pet.*, 5, 6 ; *D.*, 8, 5, *Si serv.*, 14, *pr.*

3. *D.*, 7, 6, *Si us. pet.*, 5, 6 ; *D.*, 8, 5, *Si serv.*, 4, 2, *in fine*, pour la restitution, *D.*, 7, 6, *Si us.*, 1, 6 ; *D.*, 8, 5, *Si serv.*, 12, pour la caution.

4. Il y a trois systèmes. Le premier, qui est presque unanimement admis en France (v. cependant Petit, p. 715, n. 2) et dont le meilleur appui est, croyons-nous, dans l'idée que la différence de rédaction des formules de la revendication et de l'action négatoire doit impliquer une différence de preuve, qui invoque aussi un texte d'Africain, *D.*, 39, 1, *De O. N. N.*, 15, exige du demandeur la preuve distincte de la propriété et de l'absence de servitude. Le second, qui est le plus répandu en Allemagne (Vangerow, Windscheid, Dernburg, Baron) et qui s'appuie aussi plutôt sur le principe abstrait de la présomption de liberté de la propriété que sur des textes, lui impose seulement la preuve de sa propriété à laquelle le défendeur devrait répondre par celle de la servitude. Le troisième soutenu notamment par Brinz, 1, p. 688, distingue suivant que le demandeur possède ou non le fonds comme libre et c'est celui qui a peut-être le plus d'appui

3. A côté de ces deux actions fondamentales, le propriétaire peut en avoir beaucoup d'autres, notamment en face de ceux qui ont commis des délits contre sa propriété. Nous citerons uniquement l'*actio furti* qui lui appartient au cas de vol à côté de la revendication et qui même, dans une doctrine déjà indiquée, aurait appartenu avant elle au propriétaire de *res nec mancipi*, et l'action de la loi Aquilia, qui lui appartient au cas de *damnum injuria datum*, quand la chose a été détruite ou détériorée par la faute d'un tiers.

II. Propriété prétorienne (*in bonis*). — Le titulaire de la propriété prétorienne, celui qui a seulement reçu tradition d'une *res mancipi* par exemple, perdrait sûrement son procès en intentant l'action en revendication. Il aura, pour réclamer la chose, l'action Publicienne [1], action créée par un préteur ignoré [2], qui n'est qu'une modification de la formule pétitoire de la revendication, une revendication fictice dans laquelle on dit au juge de statuer comme si le délai de l'usucapion était accompli [3] : en sorte qu'elle fera triompher tous ceux qui au bout de ce

dans les textes (*D.*, 8, 5, *Si Serv.*, 8, 3). Cependant il ne s'accorde guère avec la doctrine dont est parti le droit romain, et selon laquelle il n'y a pas de possession en matière de servitude.

1. Gaius, 4, 36. *Inst.*, 4, 6, *De Act.*, 4. *D.*, 6, 2, *De Publiciana in rem actione*. Cf. en dehors des travaux plus anciens, Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, 2 vol., 1889 ; Audibert, *N. R. H.*, 1890, pp. 269-297 ; Erman, *Z. S. St.*, 11, 1890, pp. 212-277 ; 13, 1892, pp. 173-224 et le résumé *R. gén.*, 1891, pp. 249 et ss., 309 et ss., 415 et ss., 511 et ss. ; 1892, p. 124 et ss. ; A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 340-347.

2. L'année dans laquelle se place le préteur Publicius, introducteur de cette action, est inconnue. Le procédé qui consiste à chercher dans les listes mutilées des magistrats ceux à qui rattacher les institutions portant le même nom est un peu moins défectueux en matière d'édits qu'en matière de lois, parce que les personnages qui ont occupé les deux prétures civiles et en particulier la préture urbaine, seule en cause pour l'action Publicienne (puisqu'elle suppose un acquéreur susceptible d'usucaper, p. 358), sont beaucoup moins nombreux et nous sont connus dans une plus forte proportion que ceux qui ont pu proposer des lois au peuple ou à la plèbe. Mais il ne donne pas ici de résultat. Des *Publicii* qu'on a cités, les uns doivent être écartés, parce qu'ils sont antérieurs à la loi Aebutia, avant laquelle il n'y avait pas d'actions prétoriennes, un autre, préteur en 687 d'après Cicéron, *Pro Cluent.*, 45, 126, parce qu'il n'a pas été préteur urbain (Girard, *Mélanges*, 1, p. 80, n. 3). Au point de vue du fond, tout ce qu'on peut dire de sûr, c'est que l'action n'a pu être inventée qu'après la formule pétitoire de la revendication dont elle est une variante et que les vestiges de son existence remontent tout au plus à Sabinus (Pomponius, *ad Sab.*, *D.*, *h. t.*, 15).

3. Il y a, sur le nombre et la rédaction des édits et des formules relatifs à l'action Publicienne, une quantité de systèmes pour le détail desquels nous renvoyons à nos *Textes*, p. 147, n. 4. A notre sens, il n'y a eu, dans l'Album, qu'un édit et qu'une formule, s'appliquant, comme l'usucapion dont on escompte le délai, à la fois aux acquéreurs *a non domino* et aux propriétaires prétoriens, par exemple, pour le cas de vente et de tradition qui a certainement été celui visé par l'édit et dont la doctrine a étendu les règles aux autres titres d'acquisition, à la fois à celui qui avait reçu la chose *a non domino* et à celui qui avait reçu simple tradition d'une *res mancipi* (v. la formule de Gaius, 4 36, qui est le seul texte abso-

délai auraient la propriété quiritaire, non seulement le propriétaire prétorien, mais l'acquéreur *a non domino* avec juste titre et bonne foi. Seulement il faut bien remarquer que sa formule ne dispense que d'une des conditions de l'usucapion, de la condition du délai, que par conséquent elle est en principe ouverte uniquement quand les autres conditions de cette usucapion sont réunies : à condition, par exemple, que la chose soit susceptible d'être usucapée [1], ne soit pas une *res furtiva* ; à condition que le demandeur soit capable d'usucaper, soit citoyen ; à condition qu'il ait pris possession [2] ; à condition encore, pour l'acquéreur *a non domino*, qu'il ait juste titre et bonne foi [3]. Il faut remarquer de plus que si cette action vaut la revendication contre les tiers ordinaires, — et si par suite on lui attribue communément cette troisième utilité de pouvoir contre eux remplacer la revendication au profit du propriétaire quiritaire lui-même, qu'elle fera triompher au moyen d'une preuve plus simple [4], — il y a des personnes en face desquelles elle se trouvera paralysée.

lument sûr en face des deux textes plus ou moins remaniés du *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* ; 7, 11) : ce qui supprime la question de savoir si la Publicienne a d'abord été admise au profit du premier ou du second. Mais au reste nous ne croyons pas pour cela qu'il faille, avec une doctrine émise par Brinz et adoptée par M. Appleton, considérer le possesseur de bonne foi *in causa usucapiendi* comme étant lui-même un propriétaire prétorien.

1. *D.*, *h. t.*, 9, 5.

2. V. sur les textes qui paraissent contrarier cette règle, Accarias, 2, p. 861, n. 1. On peut seulement admettre avec M. Appleton, 1, nos 81 et ss., qu'en vertu de la formule de l'action, la Publicienne appartiendrait à l'acheteur qui a reçu tradition, même dans les cas assez rares où cette tradition ne l'aurait pas rendu possesseur. En dehors de là, la Publicienne suppose que la personne qui l'intente a été *in causa usucapiendi* et par conséquent a possédé.

3. *D.*, *h. t.*, 7, 16.

4. Cf. cependant les objections de Huschke, *Recht der publicianisch. Klage*, 1874, p. 77 et ss. et de Brezzo, *Rei vindicatio utilis*, p. 54 et ss. — Il faut, en tout cas, croyons-nous, repousser une utilité attribuée à la Publicienne par une doctrine émise par M. Schulin et perfectionnée par M. Appleton : la Publicienne, à la différence de la revendication, ne disparaîtrait pas par la perte de la propriété, qui n'empêche pas d'avoir été *in causa usucapiendi*, et elle resterait donc, même après l'aliénation, à son ancien bénéficiaire, à l'ex-propriétaire, qui à la vérité serait d'ordinaire repoussé par une exception, mais qui triompherait dans certains cas auxquels le magistrat refuserait l'exception ou la paralyserait par une réplique : par exemple au cas de perte de la propriété, survenue sans la volonté du propriétaire (usucapion, spécification, peinture mise sur la planche d'autrui, p. 336, n. 5, arbres dont les racines ont passé sur le fonds d'autrui, p. 337, n. 4), par exemple dans certains cas d'aliénation sous condition résolutoire. Ce système, dont le principal appui est, à notre sens, dans un texte qui paraît admettre la nécessité d'une exception pour repousser la Publicienne après l'usucapion (*D.*, 17, 1, *Mandati*, 57 ; v. les interprétations dans Audibert, p. 296, n. 1 ; Erman, *R. gén.*, 1891, p. 317, n. 2), nous paraît inadmissible, même avec les atténuations qu'y a apportées M. Appleton. Si on admettait la survivance de la Publicienne aux aliénations volontaires, et s'il fallait donc toujours une exception pour la repousser, les donations faites à l'encontre de la loi Cincia n'auraient, suivant la

Sans parler des exceptions générales qui pourraient être opposées à l'action Publicienne comme à la revendication (p. 350), il se peut que la personne *in causa usucapiendi* qui intente la Publicienne soit repoussée à raison des droits égaux ou supérieurs aux siens dont se prévaut le défendeur. Cela pourra se présenter soit quand la Publicienne est intentée contre le véritable propriétaire, soit quand elle est intentée contre une autre personne *in causa usucapiendi.*

Si le défendeur est le propriétaire quiritaire de la chose, le préteur, qui n'a pas voulu abolir le délai de l'usucapion, qui donnerait au propriétaire après que la chose lui aurait été enlevée par l'action Publicienne l'action en revendication pour la reprendre, lui accordera en principe, pour ne pas la rendre, l'*exceptio justi dominii* (*si ea res possessoris non sit*) [1], et, en prouvant sa propriété, ce propriétaire obtiendra en principe son absolution. Mais il n'en est ainsi que dans les cas où le propriétaire eût triomphé dans la revendication. Si le demandeur est un individu contre lequel il ne pourrait revendiquer avec succès, parce que ce demandeur a la propriété prétorienne, ou parce que ce demandeur a contre lui un recours en garantie, le préteur refusera au propriétaire quiritaire l'*exceptio justi dominii*, qu'il ne donne qu'après examen des faits (*cognita causa*) [2], ou il ne la lui donnera qu'en accordant au demandeur une réplique (*replicatio doli*, *replicatio rei venditae et traditae*, etc.) par la preuve de laquelle le demandeur paralysera l'exception et fera sortir effet à l'action.

Si le défendeur est *in causa usucapiendi*, l'action Publicienne qu'il au-

juste observation de M. Audibert, jamais pu devenir définitives du vivant du donateur qui aurait toujours pu réclamer la chose donnée par la Publicienne en paralysant l'exception *justi dominii* par la réplique de la loi Cincia ; mais, en restreignant même avec M. Appleton cette survivance aux aliénations non volontaires, elle reste toujours à notre avis en contradiction avec les termes de la formule : ils disent de donner raison au demandeur, si, en supposant le délai de l'usucapion accompli, il eût été propriétaire au moment du procès et ils prescrivent donc de le repousser si, malgré l'expiration du délai, il n'eût pas été propriétaire à ce moment, ainsi que ce fut arrivé quand la chose a été aliénée. Sur l'interprétation de M. Appleton selon laquelle la formule prescrivait au juge de statuer comme si, au moment de la *litis contestatio*, le demandeur possédait depuis le délai requis et par conséquent de méconnaître ces aliénations, v. les objections de M. Audibert, p. 275, et de M. Erman, *Z. S. St.*, 13, p. 191 et ss. Cette interprétation a, croyons-nous, pour vice capital d'être en contradiction avec le but très simple poursuivi par le premier inventeur de la formule, but qui était d'escompter une usucapion en voie de s'accomplir en prolongeant une possession passée. Elle conduirait en outre à des conséquences inadmissibles (exigence de la bonne foi au moment de la *litis contestatio*, par ex.).

1. Neratius, *D.*, *h. t.*, 17 : *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur ; ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio* SI EA RES POSSESSORIS NON SIT.

2. *D.*, 17, 1, *Mandati*, 57 : *Exceptio justi dominii causa cognita datur.* V. Appleton, *Propriété prétorienne*, 2, nos 211 et ss.

rait lui-même pour réclamer la chose, s'il ne l'avait pas entre les mains, doit lui donner à lui aussi une exception, conformément au principe du droit récent, selon lequel celui qui aurait une action pour réclamer une chose doit avoir à plus forte raison une exception pour la garder : il a, croyons-nous, une exception fondée sur son droit à la Publicienne, qui correspond à l'action Publicienne, comme l'exception d'hypothèque correspond, verrons-nous, à l'action hypothécaire et par laquelle il arrête l'action Publicienne comme l'exception d'hypothèque arrête l'action hypothécaire[1]. Mais cependant, de même que l'exception d'hypothèque n'arrête l'action hypothécaire que quand elle n'est pas paralysée par la réplique de priorité de rang, l'exception Publicienne n'arrête l'action Publicienne que quand le demandeur n'a pas une réplique. Or il en a une d'abord quand il est un propriétaire prétorien agissant contre un simple possesseur de bonne foi[2], ensuite quand ils tiennent tous deux du même auteur et qu'il est le plus ancien en date[3], mais non, dans l'opinion qui a prévalu, fût-il le plus ancien en date, quand ils sont deux possesseurs de bonne foi tenant d'auteurs différents[4].

Quand le demandeur à la Publicienne justifie de l'*intentio* de sa demande sans qu'elle soit paralysée par une exception, le juge passe à l'*arbitrium* et, à défaut d'exécution de l'*arbitrium*, à la condamnation, suivant des règles qui sont exactement calquées sur celles de la revendication[5] et qui ont subi la même transformation du droit classique au droit de Justinien. Dans ce dernier, par suite de la fusion de la propriété prétorienne et de la propriété quiritaire, la Publicienne a perdu, croyons-nous, son utilité relative au propriétaire prétorien ; mais elle conserve toujours celle relative au possesseur de bonne foi et, par

1. V. à ce sujet la démonstration d'Appleton, 2, n°s 217 et ss. Dans le même sens, Erman, *Z. S. St.*, 11, p. 252 et ss. En sens contraire, Brezzo, *Archivio*, 43, p. 285.

2. Réplique d'acquisition *a domino*, pour le cas où on a reçu du propriétaire tradition d'une *res mancipi*. C'est ce que suppose Neratius en disant que l'acquéreur *a domino* est toujours préféré, *D.*, 19, 1, *De act. empti*, 31, 2 : *Si alter a nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est*. Des répliques équivalentes étaient sans doute données dans les autres cas de propriété prétorienne.

3. Réplique de priorité (*rei prius venditae et traditae*) : Julien cité par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 9, 4 : *Si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est*.

4. La réplique de priorité semble avoir été admise, même entre acquéreurs de non-propriétaires différents, par Neratius qui dit, *D.*, 19, 1, *De act. empti*, 31, 2, que le plus ancien acquéreur doit toujours être préféré ; mais cette solution est repoussée avec raison par Julien et Ulpien dont l'opinion paraît avoir prévalu. *D.*, *h. t.*, 9, 4 : *Quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis*.

5. *D.*, *h. t.*, 7, 8 : *In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus*.

contre-coup, au propriétaire désireux de remplacer par une preuve plus simple la preuve difficile de la propriété [1].

On admet, avec vraisemblance, malgré l'absence de textes, que l'action négatoire, ou le cas échéant l'action prohibitoire, devrait être étendue par la même fiction à la personne *in causa usucapiendi*, en particulier au propriétaire prétorien.

Quant aux actions délictuelles que nous avons citées au sujet de la propriété quiritaire, l'action de la loi Aquilia, qui n'appartient qu'au propriétaire civil, devait être étendue par une fiction au propriétaire prétorien ; il avait sans difficulté l'action *furti* donnée à celui qui avait intérêt à ce que le vol n'eût pas été commis.

III. Propriété provinciale. — La pseudo-propriété admise sur les fonds provinciaux ne fonde ni la revendication, qui suppose un objet romain, ni l'action Publicienne, qui exige pareillement un objet romain, puisqu'elle suppose une chose dont on serait devenu propriétaire quiritaire après l'expiration du délai de l'usucapion. Elle faisait l'objet d'une revendication spéciale, où l'on a supposé souvent, en partant d'un texte mal compris [2], que les mots *ex jure quiritium* seraient remplacés par les mots *ex aequo*, où le droit existant sur le fonds était peut-être plutôt exprimé par les mots *habere possidere frui licere*, qui semblent constituer la dénomination technique de la propriété provinciale [3].

On paraît avoir en outre accordé aux acquéreurs de bonne foi de ces

1. Les utilités se sont même trouvées l'une et l'autre augmentées pratiquement de toute la différence de délai qui sépare l'usucapion triennale des meubles et la prescription de 10 à 20 ans des immeubles de l'usucapion d'un ou deux ans admise par le système antérieur. M. Appleton, chez lequel cette doctrine n'est qu'un développement naturel des conceptions qui lui font voir des applications de la Publicienne dans la revendication des fonds provinciaux (p. 362, n. 1), dans les revendications utiles (p. 354, n. 3), et ailleurs encore, admet en outre, 1, n° 228, qu'à l'époque de Justinien et même depuis le temps des Sévères, l'action en revendication serait pratiquement supplantée par la Publicienne, que cette dernière serait dès lors l'action réelle de droit commun. M. Erman a justement fait remarquer, *Z. S. St.*, 13, p. 175, que cette supposition s'accorde en particulier malaisément avec l'absence de la Publicienne dans un certain nombre de recueils pratiques de la période impériale récente, tels que l'édition des sentences de Paul de la loi des Wisigoths et le Code de Justinien lui-même, qui imite sans doute à ce point de vue l'exemple des Codes antérieurs.

2. Frontin, *De controv.*, éd. Lachmann, p. 36 : *Vindicant... inter se non minus fines ex aequo ac si privatorum agrorum.*

3. V. en ce sens Lenel, *Edictum*, § 71, et Erman, *Z. S. St.*, 11, p. 277. Frontin, n. 2, et les deux constitutions *F. V.*, 314-315, signalent cette *vindicatio* des fonds stipendiaires et tributaires sans en indiquer la formule. Mais on trouve déjà la propriété qu'elle sanctionne désignée dans la loi agraire de 643 par les mots *habere possidere frui licere* dont l'expression des textes plus récents *possessio et usus fructus* n'est qu'une abréviation (p. 269, n. 4). Elle semble donc avoir eu une formule la désignant par ces mots, disant, par exemple, en rectifiant la restitution de Lenel d'après les observations de Partsch, *Schriftformel im römisch. Provinzialprozesse*, 1905, pp. 106-108 : *Si paret A. Agerio fundum ex lege hujus provinciae habere possidere frui licere neque is fundus arbitratu tuo restituetur.*

fonds, dès avant qu'ils les eussent acquis par la *longi temporis possessio*, une action Publicienne [1], qui devait nécessairement avoir alors une rédaction différente de sa rédaction ordinaire fondée sur la fiction de l'usucapion, qui était probablement rendue applicable par la juxtaposition à la fiction habituelle d'une seconde fiction, de la fiction qu'il s'agirait d'un fonds ayant le *jus Italicum* et par suite susceptible d'usucapion [2]. Il n'y a pas d'obstacle à ce que l'action négatoire ou prohibitoire et l'action de la loi Aquilia leur aient été étendues par des remaniements plus ou moins voisins.

IV. Propriété des pérégrins. — La propriété reconnue aux pérégrins ne pouvait pas non plus être protégée, dans l'ancien droit ni dans le droit classique, par les actions du droit civil qui supposent un propriétaire civil. Nous avons même la preuve positive qu'ils ne pouvaient intenter les actions ordinaires résultant du vol et du délit de la loi Aquilia [3] et il devait en être de même, à plus forte raison, des actions en revendication et en négation de servitude, qui, à la différence de l'*actio furti*, supposent un demandeur *dominus ex jure quiritium*. Mais, à défaut de ces actions directes, il y avait encore ici des actions équivalentes. Les actions *furti* et *damni injuria dati* étaient étendues aux pérégrins sous la forme d'actions fictices, avec la fiction de la qualité de citoyen (n. 3). La revendication leur était aussi étendue certainement, soit par la suppression des mots *ex jure quiritium*, soit par une fiction. Il n'y a pas de raison pour traiter différemment l'action par laquelle on affirme que sa chose n'est pas grevée de servitudes.

1. L'extension de l'action Publicienne aux fonds provinciaux est attestée pour l'époque des Sévères par Paul, *D.*, *h. t.*, 12, 2 (Lenel, 295) : *In vectigalibus et in aliis praediis quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.* A la vérité, sans parler de la finale que son incorrection rend très suspecte, M. Lenel conjecture que Paul aurait écrit : *Publiciana non competit.* Mais cette supposition n'est pas prouvée et se concilie mal avec certains faits ; v. Erman, *Z. S. St.*, 11, p. 275 et ss. En revanche, il ne faut, croyons-nous, reconnaître à cette Publicienne que le rôle supplétoire indiqué ; M. Appleton, 1, nº 47, la considère au contraire comme la seule action réelle existant en matière de fonds provinciaux aussi bien au profit du propriétaire que du non-propriétaire. Mais cette opinion méconnaît, croyons-nous avec M. Erman, le développement de la propriété provinciale parfaitement avéré et certainement plus ancien que cette extension de l'action Publicienne.

2. V. en ce sens Lenel, *Edictum*, p. 167, n. 4 (*Edit*, 1, p. 194, n. 2) ; Appleton, nº 47 ; Erman, p. 277, n. 6 ; en sens contraire, Audibert, p. 277.

3. Gaius, 4, 37. Cf. p. 117, n. 1.

III. — *JURA IN RE ALIENA*

Les *jura in re aliena*, appelés aussi *jura in re*, les droits réels portant sur la chose d'autrui sont, comme le droit de propriété, des droits réels portant directement sur une chose ; mais, à la différence du droit de propriété, ce sont des droits réels portant sur une chose dont on n'est pas propriétaire, donnant à un tiers une portion des pouvoirs qui appartiennent normalement au propriétaire.

Les divers droits réels portant sur la chose d'autrui sont : 1° les servitudes ; 2° le droit d'emphytéose, dérivé du droit réel du *conductor agri vectigalis*, et le droit de superficie ; 3° les droits de gage et d'hypothèque. Nous renvoyons, dans un but de commodité pratique, l'étude du gage et de l'hypothèque à la partie des obligations, et traiterons seulement ici des servitudes et des droits d'emphytéose et de superficie.

CHAPITRE I. — SERVITUDES.

Les servitudes (*servitutes*) [1] sont des droits réels établis sur la chose d'autrui soit au profit d'un fonds, soit au profit d'une personne. Elles se distinguent par là même en deux grandes catégories de nature et d'ancienneté diverses : les servitudes personnelles (*servitutes personarum*) et les servitudes réelles ou prédiales (*servitutes praediorum*, *jura praediorum*) [2].

Les servitudes prédiales, qui sont les plus anciennes et qu'on désigne parfois par excellence du nom de *servitutes* [3], ont leur origine

1. *D.*, *lib.* 7-8. Cf. Elwers, *Die Römische Servitutenlehre*, 1856, et Destrais, *Propriété et servitudes en droit romain*, 1885, pp. 254-491.

2. *D.*, 8, 1, *De serv.*, 1 : *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.* Cette formule est mise au Digeste, sous l'autorité de Marcien ; mais M. Longo, *B. Ist. D. R.*, 11, 1898, pp. 281-340, a indiqué des raisons de croire que cette distinction systématique date seulement des compilateurs qui paraissent avoir interpolé un certain nombre de textes relatifs à l'usufruit pour créer la catégorie des servitudes personnelles.

3. *D.*, 4, 2, *Q. m. c.*, 9, 7 : *Si ususfructus vel servitutes amissae sunt.* Cf. *Inst.*, 2, 2, *De reb. incorp.*, 3, et les rubriques des *Inst.*, 2, 3-5, et du *Dig.*, livres 7 et 8.

dans les entraves que la division du sol en propriétés distinctes apporte à la commodité de l'exploitation et de la jouissance des héritages ainsi créés. Tel héritage aurait besoin de dégagements sur les fonds voisins (passage, conduite d'eaux), de produits de fonds voisins (prise d'eau, pâture, etc.) ; dans les villes, par suite de la proximité des édifices, de ne pas se voir l'air et la vue bouchés par l'immeuble voisin comme à l'inverse de pouvoir l'utiliser pour économiser certains frais de construction. Mais rien de tout cela ne peut être exigé d'après le droit commun de la propriété. Les servitudes prédiales sont destinées à remédier à cet inconvénient, en permettant d'accommoder les règles abstraites aux besoins concrets, en permettant de mettre un immeuble (fonds servant) dans une certaine dépendance en face d'un autre (fonds dominant), auquel il devra laisser prendre certains avantages non autorisés par le droit commun, auquel il ne devra pas faire subir certains désavantages autorisés par le droit commun.

Les servitudes personnelles (*servitutes personarum*), dont le type est l'usufruit, ont une origine plus récente et tout autre. Il peut arriver qu'une personne, le plus souvent à titre de libéralité, en particulier de libéralité à cause de mort, veuille conférer à une autre, à titre viager, la jouissance ou l'usage d'une chose, sans faire sortir cette chose de son patrimoine, de son hérédité. Elle obtient ce résultat en constituant au profit du gratifié une servitude personnelle.

Cette différence de destination entraîne entre les deux espèces de servitudes des diversités nombreuses. Elles présentent pourtant certains traits communs qui peuvent être ramenés à trois caractères : à leur caractère de droits réels, à leur caractère de droits portant sur la chose d'autrui, à leur caractère de dérogations au droit commun de la propriété admises dans l'intérêt d'une personne ou d'une chose.

1. Étant des droits réels et non pas des droits de créances, elles portent sur la chose même. En conséquence, elles donnent à leur titulaire une action réelle (*actio confessoria*) et non pas une action personnelle ; mais, par une corrélation forcée, elles ne lui donnent le droit de rien exiger, à titre personnel, du propriétaire du fonds grevé de la servitude. Elles peuvent permettre d'exiger qu'il s'abstienne de faire quelque chose, de bâtir, de changer le cours des eaux (*servitutes quae in non faciendo consistunt*, du côté du grevé ; servitudes négatives, du côté du bénéficiaire), ou qu'il laisse faire quelque chose, qu'il laisse passer, qu'il laisse puiser de l'eau (*servitutes quae in patiendo consistunt*, du côté du grevé ; servitudes positives, du côté du bénéficiaire) ; elles ne peuvent permettre d'exiger que le grevé fasse quelque chose : il ne peut y avoir de servitude *quae in faciendo consistat*, du côté du grevé, de servitude qui l'oblige à faire quelque chose [1].

1. Pomponius, *D.*, 8, 1, *De serv.*, 15, 1 : *Servitutium non ea natura est, ut ali-*

2. Étant des droits réels sur la chose d'autrui, elles sont, d'une part, des choses incorporelles [1], et d'autre part, elles ne peuvent exister sur une chose au profit de son propriétaire (*nemini res sua servit jure servitutis*) [2].

3. Étant des dérogations au droit commun de la propriété, permises par le législateur dans l'intérêt d'une personne ou d'un fonds, les servitudes ne peuvent exister que dans l'intérêt d'une personne ou dans l'intérêt d'un fonds. Il résulte de là : *a*) pour la servitude prédiale, qu'étant permise seulement dans l'intérêt d'un fonds, elle ne pourra avoir pour objet des avantages étrangers aux besoins du fonds et exclusivement relatifs à l'intérêt direct du propriétaire, et, pour la servitude personnelle, qu'étant établie dans l'intérêt unique d'une personne, elle s'éteindra, au plus tard, par la mort de cette personne [3] ; *b*) que la servitude, une fois constituée au profit d'une personne ou d'une chose, ne peut être transférée à une autre personne ou à une autre chose, ce qui fait qu'elle ne comporte ni aliénation totale ni aliénation partielle, qu'on ne peut ni la céder en totalité [4], ni la grever elle-même d'une nouvelle servitude (*servitus servitutis esse non potest*) [5].

Nous étudierons ici les différentes espèces de servitudes, leurs modes de constitution, leurs modes d'extinction et leur sanction.

quid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. Il y a cependant une servitude qui fait exception, c'est la *servitus oneris ferendi*, la servitude d'appui, dans laquelle le propriétaire du mur grevé de cette servitude est, d'après des textes positifs, obligé de le tenir en état, s'il ne préfère délaisser, probablement parce que ces règles étaient déjà coutumièrement arrêtées pour elle, quand on posa les principes théoriques de la matière des servitudes : *D*., 8, 2, *De S. P. U.*, 33, *pr.* ; *D*., 8, 5, *Si serv. vind.*, 6, 2. 3. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, p. 94. 19, 1898, p. 85, n. 2. Karlowa, *R. R. G.*, 2, 2, p. 253 et ss.

1. Nous retrouverons plus loin les conséquences en matière de possession et par conséquent de tradition, d'usucapion, d'interdits, etc.

2. *D*., 8, 2, *De S. P. U.*, 26. *D*., 8, 3, *De S. P. R.*, 33, 1. En conséquence, la servitude s'éteint, quand les deux qualités de propriétaire de la chose et de titulaire de la servitude se trouvent réunies sur la même tête (p. 384, n. 5). En conséquence aussi, c'est par un abus de langage que les anciens auteurs désignaient du nom d'*ususfructus causalis*, c'est-à-dire attaché à la *causa*, par opposition à l'usufruit ordinaire, à l'*ususfructus formalis*, le droit du propriétaire d'user et de jouir de sa chose.

3. V. sur le second point, p. 384, n. 3 ; sur le premier, Paul, *D*., 8, 1, *De serv.*, 8, *pr.* : *Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest*. On remarquera la mesure considérable dans laquelle la combinaison des deux règles limitait la possibilité de morceler arbitrairement et indéfiniment la propriété par des constitutions de servitudes. Une servitude ne pourra être constituée sur un fonds qu'à titre de servitude prédiale limitée par l'utilité du fonds ou de servitude personnelle limitée par la durée de la vie humaine (Pomponius, *D*., *h.*, *t.*, 15, *pr.*).

4. Servitude personnelle : *D*., 10, 2, *F. E.*, 15. Servitude prédiale : *D*., 8, 4, *Com. praed.*, 12.

5. *D*., 33, 2, *De usu et usufr.*, 1. D'autres rattachent cette règle au caractère de chose incorporelle de la servitude (n. 1).

SECTION I. — Différentes espèces de servitudes.

Les servitudes se divisent, comme on sait, en servitudes prédiales et servitudes personnelles.

§ 1. — Servitudes prédiales.

Les servitudes prédiales ou réelles (*servitutes praediorum*, *jura praediorum*) [1] sont les servitudes établies sur un fonds au profit d'un autre fonds. Il en existe de très nombreuses dont l'invention successive a été commandée par le développement des besoins économiques [2].

Les plus anciennes sont sans doute les servitudes de passage et la servitude d'aqueduc, dont le besoin a dû se faire sentir dès que les propriétés foncières individuelles ont remplacé les grands domaines collectifs ; les servitudes de *via*, *iter, actus, aquaeductus*, que leur antiquité fait citer comme les servitudes rustiques par excellence [3] et parmi lesquelles l'*iter*, *itus*, droit de passer soi-même à pied ou à cheval, doit être plus ancien que l'*actus*, *jus agendi*, droit de faire passer des troupeaux ou des bêtes de somme ou de trait (*armenta*, *jumenta*), lui-même probablement antérieur à la *via*, droit de se servir d'une façon ou de l'autre d'un chemin dont la largeur est fixée d'avance, probablement par les XII Tables [4]. Ensuite viennent la servitude de prise d'eau (*aquae haustus*), qui ne figure pas encore dans cette petite énumération, mais que Cicéron connaît déjà comme ancienne [5], puis la servitude encore plus récente d'abreuvage (*pecoris ad aquam adpulsus*), puis enfin les droits de pâture, de tirer du sable du fonds d'autrui ou d'y faire de la chaux (*jus pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae*) [6].

Quant aux servitudes dont la création fut provoquée par les besoins de la propriété bâtie, la plus ancienne, plus récente que les vieilles servitudes de passage et d'aqueduc, mais probablement fort antérieure aux dernières de celles que nous venons de citer, est la servitude d'égout (*servitus cloacae immittendae*), droit de faire passer les canaux d'écoulement de ses eaux ménagères par le fonds d'autrui, dont l'origine est assez vraisemblablement rattachée aux reconstructions faites sans méthode après l'incendie de Rome par les Gaulois [7]. Puis on rencontre d'autres

1. *D.*, 8, 2, *De servitutibus praediorum rusticorum.*
2. V. sur le développement historique des servitudes, Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 494-733 ; M. Voigt, *Bestand und historische Entwicklung der Servitutem während der Republik*, *Berichte* de l'académie de Saxe, 36, 1874, p. 189 et ss. ; Cuq, *Institutions*, 1, pp. 92-93. 189-190.
3. *Inst.*, 2, 3, *De serv.*, *pr.*
4. XII Tables, 7, 6.
5. Cicéron, *Pro Caec.*, 26, 74.
6. *Inst., h. t.,* 2.
7. Tite-Live, 5, 53, 3 : *Antiquata lege urbs promiscue aedificari coepta...* 5 : *Ea*

servitudes, qui ne se conçoivent que depuis l'époque où les anciennes maisons isolées, faites d'un rez-de-chaussée ouvrant sur une cour intérieure, ont été remplacées par des maisons contiguës, élevées à plusieurs étages pour servir de maisons de rapport, mais qui sont déjà connues, dans leurs grands types, de Cicéron et dont les conditions premières de création ont pu se présenter en partie dès le temps de la seconde guerre punique [1] ; ce sont les servitudes d'appui, de jour et d'écoulement des eaux pluviales, *jura stillicidiorum, parietum, luminum* [2], parmi lesquelles on a sous-distingué la servitude d'appui en servitudes *oneris sustinendi* et *tigni immittendi*, selon que l'on a le droit de faire reposer une construction sur le mur du voisin ou de faire pénétrer l'extrémité de ses poutres dans ce mur [3], la servitude de jour en servitude de ne pas bâtir (*servitus altius non tollendi*) et servitude de jour ou de vue (*ne luminibus, ne prospectui officiatur*) [4], la servitude d'écoulement des eaux pluviales en *servitus stillicidii* ou *fluminis*, selon le mode d'écoulement [5], et sur lesquelles on a encore greffé d'autres servitudes d'ordre voisin ou complémentaire [6].

est causa ut veteres cloacae primo per publicum ductae nunc privata passim subeant tecta, où il s'agit d'ailleurs des anciens égouts publics entrecroisés avec les constructions privées.

1. Les constructions contiguës remontent peut-être jusqu'aux reconstructions qui suivirent l'incendie de Rome (p. 366, n. 7). Quant aux maisons à plusieurs étages, Tite-Live, 21, 62, 3, parle d'un bœuf monté en l'an 536 au troisième étage d'une maison et Diodore, 31, 18, d'un roi détrôné d'Egypte obligé par la cherté des loyers de Rome d'habiter un logement misérable à un étage élevé. Pour les fenêtres ouvrant sur le dehors, v. le contemporain d'Auguste, Vitruve, 6, 9, 6. 7. La fenêtre d'où Tanaquil parle au peuple dans Tite-Live, 1, 41, 4, est aussi une preuve pour le temps de Tite-Live et de la source qu'il copie.

2. Cicéron, *De or.*, 1, 38, 73.

3. Nous avons déjà signalé (p. 364, n. 1) un caractère archaïque conservé par la servitude *oneris ferendi*. On peut joindre à ces servitudes la *servitus projiciendi protegendive*, c'est-à-dire le droit d'avancer des balcons ou des toits au-dessus du fonds voisin, déjà connue de Labéon, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 242, 1 ; cf. P. Mucius, chez Cicéron, *Top.*, 4, 24, 1 [4].

4. Les trois servitudes, dont la première empêche de bâtir, la seconde de boucher la vue du ciel, la troisième de boucher la vue en général, se sont probablement introduites dans cet ordre. Allusions à la première ou plus probablement à la seconde dans Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 16, 43. *Brut.*, 17, 66.

5. Caton, éd. Jordan, 1860, p. 63, paraît connaître la première. Varron, *De l. L.*, 5, 27, connaît les deux.

6. V. des énumérations dogmatiques plus complètes dans Accarias, 1, n° 268, et Baron, *Pandekten*, §§ 165. 166. Nous signalerons seulement, à cause de la difficulté connue qu'elles soulèvent, les trois servitudes *altius tollendi*, *luminibus officiendi, stillicidii non avertendi* qui supposent existant au profit d'un fonds, à titre de servitude active, les droits que les trois servitudes *non altius tollendi, ne luminibus officiatur* et *stillicidii* supposent lui être enlevés à titre de servitude passive et par conséquent lui appartenir d'après le droit commun. Parmi les nombreux systèmes, celui qui nous paraît le plus vraisemblable sans être entièrement satisfaisant est celui qui explique ces servitudes par des règlements locaux empêchant de bâtir, de boucher la vue ou de recevoir les eaux du voisin, à moins d'être titulaire actif d'une des trois servitudes. Cf. *C.*, 3, 34, *De serv.*, 1, et Max

La liste des servitudes ainsi constituée dans ses grands traits d'une manière empirique, la doctrine s'est occupée de faire une théorie générale en dégageant les caractères communs des servitudes et en en distinguant les principales classes.

1. Pour leurs caractères communs, non seulement on déduit de leur caractère de rapports entre deux fonds qu'elles ne peuvent, ainsi que nous avons déjà dit, être établies que sur un fonds et au profit d'un fonds [1] ; mais, en partie par une extension de la même idée, en partie en les considérant comme des qualités juridiques et économiques des fonds [2], on leur attribue : 1° un caractère de perpétuité (*causa perpetua*) ; car le fonds qui par exemple jouit d'une servitude de passage, de prise d'eau, ayant ainsi la qualité d'être ouvert au lieu d'être fermé, d'être arrosable au lieu d'être privé d'eau, ne peut avoir cette qualité qu'à titre définitif et d'une manière stable [3] ; 2° un caractère d'indivisibilité ; car le fonds considéré comme ouvert au lieu d'être fermé, comme arrosé au lieu d'être privé d'eau ne peut avoir cette qualité que pour le tout, ne peut l'avoir pour un tiers, pour un quart [4] ; d'où on conclut par exemple que, si la propriété du fonds dominant ou du fonds servant vient à tomber dans l'indivision, puis à être partagée entre plusieurs copropriétaires, la servitude subsiste pour le tout au profit de chaque propriétaire et à la charge de chacun [5] ; ensuite que, tandis que les copropriétaires d'une chose peuvent aliéner, hypothéquer leur part indivise de la chose, ils ne peuvent ni la grever de servitude ni acquérir une servitude à son profit [6] ; enfin qu'à l'inverse une servitude ne peut être éteinte pour partie et par suite subsiste pour le tout, dès lors qu'elle n'a pas été éteinte au

Cohn, *Archiv*, 64, 1880, p. 344 et ss. ; en sens contraire Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 350 et ss.

1. Le premier point de vue, p. 364, n. 1, exclut les servitudes réelles établies sur des meubles, imposées au propriétaire du fonds servant ; le second, p. 365, n. 3, exclut les servitudes qui seraient utiles au propriétaire et non au fonds ; il empêche aussi que les servitudes puissent être exercées au delà des besoins du fonds (*D.*, 8, 3, *De S. P. R.*, 5, 1 ; 6) ; enfin il explique que la servitude ne puisse exister qu'entre deux fonds assez voisins pour qu'elle ait une utilité pour le fonds dominant (*D.*, *h. t.*, 5, 1).

2. Celse, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 86 : *Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo.*

3. C'est pourquoi : 1° la servitude ne peut être constituée à temps, comme d'ailleurs les modes de l'ancien droit civil l'empêcheraient en grande partie déjà (p. 378, n. 2) ; 2° elle ne peut être constituée que sur un fonds en état d'y satisfaire par sa nature même, ainsi une servitude de prise d'eau ne peut être établie sur un étang ou une citerne (Paul, *D.*, 8, 2, *De S. P. U.*, 28 ; v. une solution encore plus rigoureuse rapportée et rejetée, *D.*, 8, 3, *De S. P. R.*, 9).

4. Pomponius (*Textes*, p. 220) : *Et servitutes dividi non possunt : nam earum usus ita conexus est ut qui eum partiatur naturam ejus corrumpat.*

5. Paul, *D.*, 8, 3, *De S. P. R.*, 23, 3. Cf. Celse, *D.*, 8, 6, *Quemadmod. serv.*, 6, 1.

6. Ulpien, *D.*, 8, 4, *Comm. Praed.*, 6, 1 : *Per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri.*

regard d'un des copropriétaires du fonds dominant (*servitus pro parte retinetur*) [1].

2. Quant à leur classification, les servitudes prédiales se divisent en servitudes rustiques (*servitutes praediorum rusticorum*) et en servitudes urbaines (*servitutes praediorum urbanorum*). Et cette distinction présente de sérieux intérêts pratiques [2]. Mais le critérium est loin d'en être incontesté.

L'idée qui paraîtrait la plus naturelle et qui conduirait aux résultats de fait les plus satisfaisants serait de considérer les servitudes comme rustiques ou urbaines selon leur caractère abstrait, selon qu'elles ont été admises dans l'intérêt de l'agriculture ou dans celui de la propriété bâtie, que par suite elles ne supposent pas l'existence d'édifices ou au contraire la supposent, ce qui amènerait à considérer chaque servitude comme ayant toujours le même caractère dans ses diverses applications concrètes et à mettre dans la première classe les servitudes que nous avons citées en premier lieu, et dans la seconde celles que nous avons énumérées ensuite. Mais ce n'est pas le système qui semble le mieux s'accorder avec les textes. D'après leurs solutions concrètes, le critérium paraît tiré, pour chaque cas isolé de constitution de servitudes, du caractère du fonds dominant : en sorte que la même servitude, par exemple une servitude de passage, de ne pas bâtir, sera urbaine ou rustique selon qu'elle sera constituée au profit d'un fonds bâti (*praedium urbanum*) ou d'un fonds non bâti (*praedium rusticum*), que la servitude de passage, qui est d'ordinaire rustique, parce qu'elle est d'ordinaire établie au profit de fonds non bâtis, deviendra urbaine, quand elle sera établie au profit de fonds bâtis, que la servitude de ne pas bâtir, qui est d'ordinaire urbaine, parce qu'elle est d'ordinaire établie au profit de fonds bâtis, deviendra rustique quand elle sera établie au profit de fonds non bâtis [3].

1. Paul, *D.*, 8, 1, *De serv.*, 8, 1.

2. Au point de vue de la constitution, les servitudes rustiques sont des *res mancipi* et peuvent donc être constituées par mancipation et les autres non (p. 379) ; au point de vue de l'extinction, les servitudes rustiques s'éteignent par le non-usage et les servitudes urbaines seulement par l'usucapion de la liberté (p. 386) ; enfin, au point de vue de la sanction, l'interdit *de itinere actuque privato* ne protège que les servitudes rustiques (p. 390, n. 2).

3. Cf. Machelard, *Distinction des servitudes prédiales*, 1868. Il y a d'autres systèmes, par exemple celui qui s'attache à la nature concrète du fonds servant et qui paraît impliqué par un texte, *D.*, 6, 2, *De Publ.*, 11, 1, mais qui est contredit par beaucoup d'autres et qui s'accorde mal avec la désignation habituelle des servitudes du côté actif comme *servitutes personarum*, quand elles existent au profit de personnes, et par conséquent comme *servitutes praediorum* (*urbanorum* ou *rusticorum*), quand elles existent au profit de fonds (urbains ou rustiques) ; par exemple ceux qui, s'attachant à la nature abstraite de la servitude, la désignent comme urbaine ou rustique, soit selon qu'elle implique ou non l'existence d'une construction, soit selon qu'elle consiste *in habendo vel prohibendo* ou *in faciendo* (Vangerow)

§ 2. — Servitudes personnelles.

Les servitudes personnelles (*servitutes personarum*) sont des droits réels établis au profit d'une personne sur la chose d'autrui. Il en existe deux variétés régulières, normales, l'usufruit et l'usage, et deux variétés irrégulières, anormales, l'habitation et les *operae servorum*.

I. **Usufruit** [1]. — L'usufruit (*usus fructus*), qui est la plus importante des servitudes personnelles, est loin de remonter aussi haut dans le passé que les premières servitudes prédiales. Il n'a probablement été inventé, principalement pour satisfaire aux intentions des testateurs, qu'à une époque assez avancée de la République. Mais il apparaît comme pleinement développé au temps de Cicéron [2], et c'est déjà à son sujet que les jurisconsultes du début du VIIe siècle discutaient si le part de la femme esclave constituait ou non un fruit (p. 255, n. 7).

Une définition célèbre, empruntée par Justinien à Paul, et dont le principal défaut est de ne pas faire ressortir son caractère viager, le qualifie le droit d'user et de jouir de la chose d'autrui sans en atteindre la substance [3]. Nous allons déterminer les choses sur lesquelles il peut porter, les droits qui en résultent et les obligations imposées à l'usufruitier.

1. *Choses susceptibles d'usufruit. Quasi-usufruit.* L'usufruit peut

et qui d'ailleurs aboutissent à peu près aux mêmes résultats concrets que celui qui s'attache à sa destination économique. Le système qui s'attache à la nature concrète du fonds dominant était celui de nos anciens auteurs (d'où le texte superflu du C. civ., art. 687) et est le plus répandu. Il trouve son principal appui dans les textes qui supposent que des servitudes ordinairement rustiques comme la servitude de passage peuvent être urbaines (*D.*, 43, 19, *De it.*, 1, *pr.* 1) et que des servitudes ordinairement urbaines comme le *jus altius tollendi* peuvent être rustiques (*D.*, 8, 3, *De S. P. R.*, 2 *pr.*). En revanche, il faut reconnaître que les *Inst.*, *h. t.*, *pr.* 2, paraissent bien diviser les servitudes en rustiques et urbaines suivant leur caractère abstrait et que la division des servitudes en servitudes qui s'éteignent par le non-usage et servitudes qui s'éteignent seulement par une usucapion de liberté jette dans des complications inextricables, si l'on met dans la première catégorie d'autres servitudes que celles qui consistent *in faciendo* et dans la seconde d'autres servitudes que celles qui consistent *in habendo* ou *in prohibendo* (p. 385). Nous indiquons, sans prétendre qu'on puisse arriver à une certitude absolue, le système qui s'accommode le moins mal avec l'ensemble des textes. En ce sens, Windscheid, Dernburg, Brinz, Accarias, Machelard, etc.

1. *Inst.*, 2, 4, *De usu fructu. D.*, 7, 1, *De usu fructu*, etc.

2. Cicéron, *Top.*, 3, 17. 4, 21.

3. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* = Paul, *D.*, *h. t.*, 1 : *Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.* Une discussion aussi connue que dépourvue d'intérêt porte sur le sens des mots *salva rerum substantia*. Ils signifieraient, d'après une doctrine, que l'usufruit ne peut porter que sur les choses susceptibles d'usage répété : c'est peut-être la pensée de Paul ; d'après une autre, que l'usufruit s'éteint par la perte de la chose : c'est la pensée de Justinien ; enfin, d'après une autre, que l'usufruitier est obligé de conserver la chose : c'est la pensée de Pothier et du C. civ., art. 578 ; mais ce peut difficilement avoir été celle des Romains chez lesquels cette obligation ne résultait pas de l'usufruit, mais d'un contrat spécial (p. 376).

indifféremment porter sur des meubles ou des immeubles, ainsi sur des fonds de terre ou des esclaves[1]. Mais il semble résulter : 1° de son caractère de droit réel, qu'il ne peut porter que sur des objets matériels et non pas sur des droits, que sur des choses corporelles et non pas sur des choses incorporelles, par exemple sur des créances ; 2° de son caractère de droit limité à l'usage et à la jouissance d'une chose, qu'il ne peut porter sur des choses dont l'usage et la jouissance ne se séparent pas de la consommation, ainsi sur du vin, des denrées, de l'argent. Cependant on est arrivé à admettre, soit pour les créances, soit pour les *res quae primo usu consumuntur*, sinon un véritable usufruit juridique, au moins quelque chose d'économiquement équivalent.

Le premier pas a été fait pour les choses qui se consomment *primo usu*. Il peut arriver qu'un testateur, ne voulant mettre à la charge de ses héritiers que des legs d'usufruit, en fasse porter certains sur des choses qui se consomment par l'usage. Il peut arriver aussi qu'il veuille laisser à une personne, par exemple à sa veuve, l'usufruit de tous ses biens, dans lesquels il se trouvera nécessairement de l'argent, des provisions diverses. Dans un cas comme dans l'autre, le legs, en tant qu'il porte sur des choses dont on ne peut ni user ni jouir, est nul. Cicéron le dit nettement en l'an 710[2], et c'est de toute nécessité juridique. Cependant, en faisant ces legs, le testateur a pu avoir un but raisonnable, entendre faire avoir au légataire, relativement aux choses léguées, l'avantage qu'aurait un propriétaire qui les consommerait selon ses besoins en les remplaçant au fur et à mesure dans son patrimoine par leurs semblables, qui, par exemple, consommerait le vin de la cave tout en en maintenant toujours la contenance au niveau par ses achats. Un sénatus-consulte rendu sous Auguste ou Tibère[3] vint donner effet à ces legs : il décida que le bénéficiaire pourrait exiger la translation de la propriété des choses visées en promettant avec la garantie de cautions de rendre, au moment où un véritable usufruit prendrait fin, des choses de même quantité et qualité ou encore, préférait-on souvent, pour plus de simplicité, la somme d'argent à laquelle la valeur de ces choses était alors estimée[4]. C'est le quasi-usufruit, dans lequel on donne au bénéficiaire la jouissance pratique des choses léguées, au moyen d'une translation de propriété accompagnée d'une promesse à terme de restitution. — Le procédé une fois établi pour les choses qui se consomment par le premier

1. Gaius, *D.*, *h. t.*, 3, 1.

2. Cicéron, *Top.*, 3, 17 : *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usum fructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere : usus enim non abusus relictus est.*

3. Le sénatus-consulte est considéré tantôt comme le préliminaire indispensable et tantôt comme l'effet d'une disposition des lois caducaires qui ne permit de laisser au conjoint qu'un dixième en propriété et un tiers en usufruit (Ulpien, *Reg.*, 15, 3).

4. *D.*, 7, 5, *De usufr. ear. rer.*, 7.

usage, il a été étendu aux choses qui se détériorent par l'usage, par exemple aux vêtements, qui peuvent faire l'objet d'un véritable usufruit, mais sur lesquelles on peut aussi constituer et on sera, croyons-nous, réputé, en l'absence d'indications contraires, avoir voulu constituer un quasi-usufruit [1].

Quant aux créances, on a pu sans trop de difficulté, depuis l'introduction de la procédure formulaire, en léguer la jouissance au débiteur auquel cela conférait l'avantage d'être dispensé de payer les intérêts et aussi d'être dispensé de rembourser le capital avant le moment où un usufruit véritable se fût éteint; il avait l'exception de dol pour repousser soit l'action par laquelle on lui eût réclamé les intérêts, soit celle par laquelle on lui eût réclamé le capital avant l'échéance [2]. Il y avait plus de difficultés pour le cas où l'usufruit de la créance avait été légué à un tiers, où, par exemple, un capitaliste qui avait sa fortune placée en créances avait voulu léguer la jouissance de ses *nomina*. Le sénatus-consulte sur le quasi-usufruit décidait bien que l'on pouvait valablement léguer l'usufruit de toutes choses. Mais pourtant le Proculien Nerva contestait encore la validité du legs fait à un tiers de l'usufruit d'une créance. Cette validité était au contraire admise dès avant lui par Proculus et par le Sabinien Cassius et c'est l'opinion qui a prévalu [3]. Absolument comme en matière d'usufruit de choses qui se consomment par le premier usage, on transférera la créance au légataire qui s'engagera avec la garantie de cautions à retransférer la créance ou sa valeur à la fin de l'usufruit et qui aura jusqu'à ce moment sur elle les mêmes droits qu'un créancier [4], absolument comme le quasi-usufruitier de choses qui se consomment par l'usage a jusqu'à ce moment sur elles les droits d'un propriétaire [5].

1. La seule difficulté est de savoir si l'on présumera en cas de silence un usufruit ou un quasi-usufruit. La seconde solution qui est la plus raisonnable est commandée par les *Inst.*, *h. t.*, 2 ; elle n'est pas contredite par *D.*, *h. t.*, 12, 4. 5 et *D.*, 7, 9, *Ususfr. quemadm. cav.*, 9, 4, qui se rapportent au cas d'établissement d'un véritable usufruit.

2. C'est pour cela, croyons-nous, que Nerva admettait ici l'efficacité du legs (*D.*, 7, 5, *De usufr. ear. rer.*, 3).

3. *D.*, *loc. cit.*

4. On distingue cependant, en général, au point de vue du paiement de la dette, le cas où elle a pour objet une chose consumptible, pour lequel on admet qu'il en deviendra propriétaire et celui pour lequel elle a pour objet une *species*, où l'on admet d'ordinaire qu'il en acquerra seulement l'usufruit. Il n'y a de textes ni dans un sens ni dans l'autre.

5. Quant aux autres choses incorporelles, c'est un point controversé de savoir si l'on pourrait établir un usufruit sur une servitude prédiale ou sur un usufruit. On admet en général la négative pour le premier point (v. cependant en sens contraire Accarias, 1, p. 717, n. 1 en vertu d'une interprétation particulière de *D.*, 33, 2, *De usu et usufr.*, 1) et le plus souvent, en vertu d'un argument *a contrario* tiré de ce texte, l'affirmative pour le second (qu'il ne faut naturellement pas confondre avec le point de savoir si la cession de l'usufruit donne sur lui un droit réel, p. 373, n. 1). Le droit prétorien admettait la constitution d'un usufruit

2. *Droits de l'usufruitier.* En laissant de côté le quasi-usufruitier qui a, sauf et jusqu'à son obligation de restituer, les droits d'un propriétaire au cas de quasi-usufruit de choses qui se consomment par le premier usage et ceux d'un créancier au cas de quasi-usufruit des créances, l'usufruitier a le droit d'user et le droit de jouir. En face du propriétaire réduit au droit de disposer, à l'*abusus* et par suite désigné du nom de nu-propriétaire, il a l'*usus*, c'est-à-dire le droit de se servir de la chose, et le *fructus*, c'est-à-dire le droit d'en percevoir les fruits, qui sont les produits présentant les deux caractères de destination et de périodicité que nous avons déjà précisés (p. 255). Il exerce ces droits à son gré soit par lui-même, soit par l'intermédiaire de personnes en sa puissance ou à son service, soit encore par l'intermédiaire de personnes à qui il a permis de jouir de la chose à sa place, ou à titre temporaire par un contrat de louage, ou à titre définitif par un contrat de vente ou une donation[1].

Dans tous les cas, les fruits seront, selon des principes également indiqués déjà (p. 328), acquis de la même façon par la perception qui est toujours nécessaire et suffisante, soit quand elle est faite par l'usufruitier ou ses agents et qu'elle le rend propriétaire[2], soit quand elle est

sur le *jus in agro vectigali* (emphytéose sous Justinien) et sur la superficie (*D.*, 7, 4, *Quibus mod. usufr.*, 1, *pr.*).

1. L'usufruitier qui ne peut céder son droit peut, dit-on, en céder l'exercice (cf. *D.*, 23, 3, *De jur. dot.*, 66 : *Ut ipsum jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat*). Ayant le droit d'user et de jouir de la chose à sa guise, rien ne l'empêche d'en accorder temporairement ou définitivement la jouissance à quelqu'un à titre gratuit ou onéreux (*D.*, *h. t.*, 12, 2), ainsi de donner son usufruit à quelqu'un qui en jouira gratuitement à sa place, de le louer à quelqu'un qui en jouira à sa place moyennant une redevance périodique ou de le vendre à quelqu'un qui en jouira à sa place moyennant un prix unique. Aux trois cas, le droit reste sur sa tête, s'éteindra avec la fin de son usufruit, notamment à sa mort ; mais, au cas de vente et de donation, on admet assez volontiers, par analogie de ce qui existe en matière de gage (*D.*, 20, 1, *De pign.*, 1, 2), que le cessionnaire a, *jure praetorio*, un droit réel.

2. Il est caractéristique que l'usufruitier devienne propriétaire, par la perception, même des fruits qu'il perçoit prématurément (*D.*, *h. t.*, 48, 1). Ce n'est pas agir en bon administrateur et cela pourra engager sa responsabilité contractuelle ; mais c'est *frui*. — Nous avons déjà dit qu'à notre sens, il n'y a pas d'exception lui faisant acquérir les petits des animaux sans perception (p. 328, n. 3). A l'inverse, il y a, dans une doctrine de Julien admise par Ulpien et probablement par Justinien, un cas où il ne deviendra pas propriétaire des petits d'un troupeau par la perception : c'est celui où le troupeau présente des vides et où, dans cette doctrine, la propriété des petits est en suspens jusqu'à ce qu'il ait pris sur eux de quoi combler ces vides (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 70, 1 : *Pendere eorum dominium ut si summittantur sint proprietarii, si non summittantur fructuarii* ; cf. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 38) ; mais Pomponius soutient au contraire que l'usufruitier devient propriétaire sauf une obligation de combler les vides qui a été créée par la stipulation et dont l'exécution transférera la propriété des animaux choisis de lui au nu-propriétaire (*D.*, *h. t.*, 69 : *Quod nascitur fructuarii est et cum substituit desinit ejus esse*), et on peut voir là la doctrine ancienne abandonnée par Julien, d'ailleurs sans grande utilité pratique, sous le coup des habitudes d'esprit créées

faite par ses donataires, ses acheteurs ou ses locataires, qui deviennent propriétaires par la prise de possession accomplie de son consentement, conformément aux principes de la tradition [1].

Il n'y a pas notamment, croyons-nous, quoiqu'on dise souvent le contraire en transportant dans le droit romain les catégories du droit moderne, à distinguer, des fruits naturels et industriels acquis par la perception, les fruits civils, c'est-à-dire les fermages et loyers qui seraient acquis jour par jour, au moins au cas de location de biens urbains. Les textes qu'on invoque à ce sujet se rapportent non pas au droit réel de l'usufruitier qui est toujours le même, mais aux rapports contractuels existant entre lui et ses locataires ou fermiers, desquels il pourra, comme un locateur quelconque, exiger une rémunération plus ou moins étendue proportionnellement à la jouissance qu'il leur aura procurée [2]. Ils ne se sont incorporés dans la théorie de l'usufruit que par un développement postérieur au droit romain, qui a rendu les baux faits par le propriétaire avant l'usufruit opposables à l'usufruitier, et les baux faits par l'usufruitier pendant l'usufruit opposables après sa fin au propriétaire et qui, en conséquence, a fait rentrer dans le système de l'usufruit la répartition entre le propriétaire et l'usufruitier du produit des baux en cours au début de l'usufruit et à sa fin [3].

3. *Obligations de l'usufruitier.* L'usufruitier n'est tenu anciennement

par le jeu de la stipulation. Cf., sur les deux doctrines, Czyhlarz, dans Glück, livres 41-42, 1, 1887, pp. 440. 450.

1. Dans les trois cas, c'est par l'intermédiaire de l'usufruitier que le cessionnaire de l'exercice de son droit acquiert les fruits ; mais si l'on admet, à ceux de vente et de donation, que le cessionnaire a un droit réel prétorien, il faut rationnellement en conclure que l'usufruitier ne pourrait, par un changement de volonté, lui enlever le droit d'en devenir propriétaire par la perception, tandis qu'il le peut, sauf sa responsabilité contractuelle, au cas de simple lien personnel (p. 327, n. 4).

2. Ulpien, citant Marcellus, *D.*, 19, 2, *Locati*, 9, 1. Scaevola, *D.*, 7, 1, *De usufr.*, 58, *pr.* C'est sur ces textes qu'on a fondé, en matière de fruits civils, la distinction des loyers des biens urbains acquis à l'usufruitier jour par jour et des fermages des biens ruraux acquis par lui dans la proportion des récoltes faites par le fermier avant la fin de l'usufruit. Le Code civil, art. 586, l'a rejetée pour décider que tous les fruits civils s'acquerraient jour par jour.

3. Selon les principes du louage, le *conductor* doit la *merces* à l'usufruitier comme à tout autre locateur, dans la proportion de la jouissance procurée. Cela fait que par exemple le locataire d'une maison devra une fraction du loyer proportionnelle au temps durant lequel il aura joui jusqu'à la fin de l'usufruit, comme dans le premier texte ; cela fait également que, pour un bien rural productif d'une récolte annuelle, le fermier devra l'année de fermage, quand il a fait la récolte, alors même que l'extinction de l'usufruit ferait finir son bail avant la fin de l'année, ainsi que dit le second texte, qui n'est pas en contradiction avec le premier, mais qui s'explique par la diversité du mode de jouissance des choses louées. Ce qu'il faut bien comprendre, c'est qu'en droit romain ces solutions sont relatives au contrat de louage et non pas à l'usufruit, qu'il s'y agit de savoir quelle partie des loyers ou fermages le locateur pourra réclamer à son locataire et non pas comment les loyers ou fermages se répartiraient entre l'usufruitier, auquel les fruits de la chose auraient appartenu une partie de l'an-

d'aucune obligation envers le nu-propriétaire. Naturellement, n'étant pas propriétaire, il ne peut faire tout ce que pourrait un propriétaire. Il peu user et jouir ; il ne peut disposer. S'il modifie la substance de la chose, l'usufruit s'éteindra (p. 384, n. 4). S'il fait sur elle un acte d'appropriation ou de destruction auquel l'usufruit ne l'autorise pas, il commet un délit, vol, délit de la loi Aquilia, comme ferait un tiers qui commettrait le même acte. Mais c'est l'application du droit commun, ce n'est pas celle d'une obligation quelconque dont il serait tenu envers le nu-propriétaire.

L'usufruitier et le nu-propriétaire sont l'un en face de l'autre dans la même situation que deux voisins dont les propriétés se touchent et dont les deux droits de propriété existent indépendamment l'un à côté de l'autre. Ils ont sur la même chose deux droits réels indépendants l'un de l'autre. Ils n'ont pas le droit d'empiéter sur leurs droits respectifs. Mais c'est tout. Le nu-propriétaire n'est tenu qu'à laisser jouir l'usufruitier, qu'à respecter son droit réel. L'usufruitier n'est tenu qu'à respecter le droit du nu-propriétaire. Il commet, de même qu'un étranger, un vol en s'emparant des choses qui sont au nu-propriétaire, des produits qui n'ont pas le caractère de fruits, un délit de la loi Aquilia en détruisant la chose du nu-propriétaire, en tuant l'esclave grevé d'usufruit. Mais, pas plus qu'un tiers, il n'est astreint à faire quoi que ce soit sur la chose pour que le propriétaire la retrouve en bon état à la fin de l'usufruit, à soigner l'esclave malade, à éteindre le feu qui a pris accidentellement dans la maison. Pas plus qu'un tiers, il n'est tenu personnellement de rendre la chose à la fin de l'usufruit : le propriétaire n'a, pour la reprendre, que l'action qu'il a contre un tiers quelconque qui

née, et le propriétaire, auquel les fruits de la chose auraient appartenu une autre partie de l'année soit avant le commencement de l'usufruit, soit après son extinction. Il ne peut y avoir en principe, en droit romain, de répartition de ce genre, parce que le bail du propriétaire n'est pas opposable à l'usufruitier au commencement de l'usufruit et que celui de l'usufruitier n'est pas opposable au propriétaire à la fin. Il n'en est même pas différemment, à notre sens, au cas où l'usufruit porte sur un esclave qui loue ses services et où la créance de la *merces* est acquise jour par jour à l'usufruitier, pendant que dure l'usufruit, au propriétaire, avant que l'usufruit soit né et après qu'il est éteint (*D.*, *h. t.*, 26 ; cf. *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 18, 3) ; car chacun des deux acquiert distinctement sa créance propre par l'intermédiaire de l'esclave qui, en louant ses *operae*, a traité pour la personne qui aura droit à ces *operae*. Il n'y a, croyons-nous, qu'un cas où, le louage en cours avant le début de l'usufruit n'étant pas interrompu par celui-ci, les loyers constituent de véritables fruits civils auxquels l'usufruitier a droit en vertu de son droit réel et non pas d'un contrat distinct ; c'est celui du bail à long terme générateur d'un droit réel, celui où la chose dont l'usufruit a été légué est grevée d'un droit réel, *jus in agro vectigali* (plus tard emphytéose) ou superficie : l'héritier n'a pas alors droit aux fruits naturels et il a droit à la redevance qui constitue alors pour lui un fruit civil, qui peut même lui être acquise diversement selon qu'il s'agit d'un fonds rural ou d'un fonds urbain. Il en est de même, dans notre droit moderne, de tous les baux opposables, pour la période en cours, à l'usufruitier au début de l'usufruit et au propriétaire à sa fin. Cf., sur toute la théorie des prétendus fruits civils acquis à l'usufruitier, Gérardin, *N. R. H.*, 1884, pp. 622-634.

INSTITUTE OF MEDIAEVAL ... STUDIES

fait obstacle à son droit, revendication ou action négatoire, dans les limites et les conditions où il l'aurait contre un tiers quelconque, à condition qu'il ait la chose ou, depuis une certaine époque, qu'il ait cessé de l'avoir par dol.

L'édit du préteur a astreint l'usufruitier à promettre avec la garantie de cautions : 1° de jouir en bon père de famille (*usurum boni viri arbitratu*) ; 2° de restituer à la fin de l'usufruit (*restiturum quod exstabit*)[1]. Et il a par là mis artificiellement à la charge de l'usufruitier une obligation contractuelle, au moyen de laquelle le nu-propriétaire obtiendra la réparation non seulement des actes délictueux positifs déjà punis par le droit commun, mais de toutes les fautes d'omission que n'aurait pas commises un bon administrateur (obligation de garder la chose, de réparer la maison, de combler les vides du troupeau)[2] ; qui, aussi bien pour les premiers actes que pour les seconds, sera perpétuelle et transmissible contre les héritiers au lieu d'être temporaire comme sont certaines actions nées de délits et d'être intransmissible passivement comme elles sont toutes ; par laquelle il pourra demander la restitution à l'usufruitier ou à ses héritiers, non seulement quand ils détiendront la chose ou auront cessé par dol de la détenir, mais, qu'ils détiennent ou non, comme à tous les débiteurs de corps certains, à moins qu'elle n'ait péri par cas fortuit ; qui enfin, puisqu'elle existe à la fois contre le débiteur et ses cautions, ne courra pas risque d'être rendue stérile par l'insolvabilité de l'usufruitier.

Pour se ménager ce recours, le nu-propriétaire a le droit de ne délivrer la chose qu'après avoir reçu la promesse : il peut jusque-là repousser par une exception l'action confessoire que l'usufruitier tient de son droit réel[3] ; il aura même le droit, s'il a délivré la chose par inadvertance, d'agir après coup pour réparer son oubli en réclamant sa chose par une action réelle et en répondant à l'exception tirée de l'usufruit par une réplique tirée de son droit d'exiger la caution ; il est plus douteux qu'il puisse, en droit classique, réclamer directement la promesse par une action personnelle (*condictio cautionis*)[4]. Le développement postérieur

1. *D.*, 7, 9, *Usufr. quemadm.*, 1, *pr.* : *Si cujus rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere : et usurum se boni viri arbitratu et cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restiturum quod inde exstabit.* Cf. Paul, *Sent.*, 3, 6, 27. Restitution de la stipulation dans Lenel, *Ed.*, § 286. Les legs étant la grande source de l'usufruit, c'est dans le titre *De legatis* de l'Album du préteur que se trouvait l'édit prescrivant à l'usufruitier de fournir cette promesse (Lenel, *Ed.*, § 171).

2. Obligation de faire les réparations : *D.*, 7, 1, *De usufr.*, 7, 2 : de payer les impôts (naturellement sans préjudice du droit de l'Etat de les réclamer directement à l'usufruitier : *D.*, *h.*, *t.*, 7, 2 ; cf. Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, p. 69 et ss.) : même texte ; de bien cultiver : *D.*, *h. t.*, 9, *pr.* ; de compléter le troupeau : p. 373, n. 2.

3. *D.*, *h. t.*, 13, *pr.*

4. Ulpien, *D.*, 7, 9, *Usufr. quemadm. cav.*, 7, *pr.* : *Si usus fructus nomine re*

au droit romain est allé encore plus loin et a mélangé à l'effet réel produit par l'usufruit, l'effet personnel que l'édit du préteur y avait artificiellement juxtaposé, en déclarant l'usufruitier obligé par la loi à rendre la chose et à jouir en bon père de famille et en l'astreignant seulement à renforcer cette obligation préexistante par des cautions.

II. Usage[1]. — Rigoureusement l'usage (*usus*) est le droit d'user d'une chose sans en jouir[2], et par suite il devrait suffire pour le définir d'écarter des règles de l'usufruit tout ce qui concerne les fruits. C'est pour cela qu'à la différence de l'usufruitier l'usager ne peut ni donner, ni vendre, ni louer son droit[3] ; c'est à l'inverse pour cela qu'il est astreint comme l'usufruitier, par la nature de son droit, à respecter la substance de la chose et, par l'édit du préteur, à donner caution[4].

Mais, contrairement aux principes, par une interprétation bienveillante des legs, on a admis que l'usager pourrait, quand l'usage porte sur une maison, au lieu de se restreindre à son usage personnel, y faire participer les membres de sa famille, ses serviteurs, même ses hôtes et même des locataires payants, à condition qu'ils y logent à côté de lui et non en son lieu et place[5] ; qu'il aurait droit à une portion des fruits des choses qui sans cela n'auraient pas d'utilité sérieuse, par exemple des fonds non bâtis, des troupeaux, qu'il pourrait alors prendre une portion des fruits pour la consommation de lui et des siens, mais non pour en tirer profit[6].

tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare et si objiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita replicandum erit. Quae sententia habet rationem. Sed et ipsa stipulatio condici poterit. Sur l'interpolation vraisemblable de la phrase finale et du passage corrélatif, *D.*, 7, 5, *De usufr. ear. rer.*, 5, 1, v. Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 28 ; A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 203, n. 5. — C'est une autre question de savoir si le préteur n'a pas, en dehors de là, promis dans son édit au nu-propriétaire contre l'usufruitier une autre action dont l'existence paraît établie par Ulpien citant Julien, *D.*, *h. t.*, 13, 2, et que Stéphane paraît même présenter comme une action arbitraire dans une scolie des Basiliques (Suppl., éd. Zachariae, p. 70). L'existence de cette action, signalée par Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 539, et plus amplement justifiée par M. de Ruggiero, *Studi Scialoja*, 1, 1904, pp. 71-89, est aujourd'hui admise par ex. par M. Lenel, *Edictum*, § 171, par M. Bortolucci, *B. Ist. D. R.*, 21, 1909, pp. 110-138, qui soutient qu'elle se confond avec l'action prohibitoire (p. 355, n. 2) et par MM. Segré, *Mélanges Girard*, 2, p. 564, n. 4, et Biondo Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae*, 1913, pp. 13-15, qui combattent cette confusion.

1. *Inst.*, 2, 5 ; *D.*, 7, 8 : *De usu et habitatione*. Cf. Riccobono, *Sudi Scialoja*, 1, 1904, p. 581-603.

2. *D.*, *h. t.*, 2, *pr.* : *Cui usus relictus est uti potest, frui non potest.*

3. *D.*, *h. t.*, 11.

4. *D.*, 7, 9. *Ususfr. quem.*, 5, 1.

5. *D.*, *h. t.*, 2-8.

6. *Inst.*, *h. t.*, 1 ; *D.*, *h. t.*, 12, 1. Sur l'*usus pecoris*, *D.*, *h. t.*, 12, 3, qui indique le principe de toutes ces solutions : *Neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum*. M. Riccobono, article cité, les considère dans l'ensemble comme venant de Justinien seulement.

III. ***Habitatio, operae***. — L'*habitatio*, les *operae* se résument dans le droit réel d'habiter une maison, de profiter des services d'un esclave et, dit un seul texte[1], de ceux d'un animal. Rationnellement ce sont des variétés de l'usage ou tout au plus de l'usufruit. Et on leur applique, comme à l'usage et à l'usufruit, l'obligation de donner caution[2].

Mais la même idée d'interprétation des legs qui a fait modifier la portée de l'usage au delà de ses limites rigoureuses a déterminé à les constituer comme des droits indépendants sur le caractère desquels il paraît y avoir eu beaucoup d'incertitudes[3]. A notre sens, la doctrine du droit classique y voit, sauf la question de qualification, des droits qui ne diffèrent de l'usage que par quelques avantages pratiques ramenés ou ramenables à l'idée que le testateur a voulu avant tout que leur bénéficiaire profitât de l'habitation de la maison, des services de l'esclave, en s'occupant plus du fait que des catégories du droit[4]. Cela conduit à décider : 1° qu'à la différence de l'usage et de l'usufruit ces droits ne s'éteignent ni par le non-usage, ni par la *capitis deminutio*[5] ; 2° que leurs bénéficiaires ont le droit, non pas d'en disposer à titre gratuit, mais d'en faire argent[6] ; 3° que, semble-t-il, le droit aux *operae* passe à l'héritier du légataire[7].

SECTION II. — Constitution des servitudes.

A l'époque la plus ancienne, où les rares servitudes prédiales existant déjà étaient à peu près confondues avec la propriété de la fraction du sol sur laquelle elles s'exerçaient, les modes d'acquisition de la propriété de-

1. *D.*, 7, 9, *Usufr. quemadm.*, 5, 3 : *Si habitatio vel operae hominis vel cujus alterius animalis relictae fuerint.*
2. *D.*, 7, 9, *Usufr. quemadm.*, 5, 3. *D.*, 7, 7, *De op. serv.*, 5.
3. Pour les *operae*, Terentius Clemens citant Julien affirme, *D.*, *h. t.*, 5, qu'*operis servi legatis usum datum intellegi* ; mais un autre texte, à la vérité corrigé par certains éditeurs, par exemple par Mommsen, Paul, *D.*, 35, 2, *Ad l. Falc.*, 1, 9, dit au contraire qu'il n'y a dans ce legs *neque usus neque usus fructus*. Pour l'habitation, Justinien dit dans la constitution résumée aux *Inst.*, *h. t.*, 5 (*C.*, 3, 33, *De usufr. et hab.*, 13) que l'on se demandait si c'était un droit d'usage, un droit d'usufruit ou même si elle ne donnait pas, comme la propriété, la revendication, et il a dû y avoir à l'inverse une doctrine plus ancienne qui y voyait moins qu'un usage, une simple remise d'une année de loyer faite au locataire ; car Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 3, dit que son caractère de droit viager a prévalu sous l'influence de Rutilius, cos. 649, contre d'autres jurisconsultes qui prétendaient qu'elle ne durait qu'un an.
4. Modestin, *D.*, 4, 5, *De cap. dem.*, 10 : *Quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit.*
5. *D.*, 7, 8, *De us. et hab.*, 10, *pr.*, pour l'*habitatio* ; *D.*, 33, 2, *De usu et usufr.*, 2, pour les *operae servorum*.
6. Admis pour l'habitation par Justinien citant Marcellus, *Inst.*, *h. t.*, 5 ; pour les *operae* par Papinien, *D.*, 33, 2, *De usu et usufr.*, 2.
7. Papinien, *D.*, 33, 2, *De usu et usufr.*, 2 : *Quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit.*

vaient être les modes mêmes d'acquisition des servitudes. Et ce système a laissé quelques traces dans les règles qui régissent les servitudes les plus anciennes [1]. Mais, dès que les servitudes ont été reconnues comme des droits réels, distincts de la propriété, le droit civil leur a donné un système de constitution qui présente des analogies naturelles avec celui de l'acquisition de la propriété, mais qui présente aussi des différences tenant en particulier au caractère de choses incorporelles des servitudes et aux complications résultant de ce que la servitude peut non seulement être constituée sans aliénation de propriété au profit d'un tiers (*translatio servitutis*), mais aussi être maintenue au propriétaire sur la chose aliénée au profit d'un tiers (*deductio*, *exceptio servitutis*). Et les réformes du droit postérieur elles-mêmes n'ont pas suivi en matière de servitudes les mêmes voies qu'en matière de propriété.

I. **Système du droit civil pur.** — En laissant de côté l'occupation et l'acquisition de l'État, la propriété quiritaire se transfère par la mancipation, l'*in jure cessio* et la tradition, comme modes volontaires, et comme modes non volontaires, par l'usucapion, par l'adjudication et par la loi, notamment par legs. Les servitudes peuvent être constituées par certains de ces procédés, mais non pas par tous.

Elles peuvent toutes être constituées : 1° par legs, par un legs *per vindicationem* constituant la servitude au profit d'un tiers (*Titio usum fructum fundi Corneliani do lego*) ou la retenant au profit de l'héritier à l'encontre du légataire de la propriété (*Titio fundum Cornelianum detracto usu fructu do lego*) ; 2° par une *adjudicatio*, à condition que le *judicium* soit *legitimum* ; 3° au moyen d'une *in jure cessio* opérée sur le simulacre d'exercice de l'action confessoire fait par le bénéficiaire de la servitude au cas de *translatio* (*aio mihi esse jus utendi fruendi fundo Corneliano*) et sur celui d'exercice de la revendication *deducta servitute* fait par l'acquéreur de la chose (*aio hunc fundum meum esse ex jure quiritium deducto usu fructu*) au cas de déduction [2].

La mancipation peut servir à constituer par voie de translation les servitudes prédiales rustiques qui, étant des *res mancipi*, peuvent être mancipées (*aio mihi jus esse eundi in fundo Corneliano isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*) et à retenir toutes les servitudes urbaines ou rustiques, personnelles ou prédiales, sur les choses aliénées par ce procédé [3], — ce qui donne même un expédient pour les constituer

1. Mancipation des servitudes prédiales rustiques italiques ; usucapion des servitudes avant la loi Scribonia : interdits protégeant les plus anciennes servitudes.

2. Translation par legs : *Inst.*, 2, 4. *De usufr.*, 1 (ne pas confondre le legs *per vindicationem* qui constitue la servitude à cause de mort avec le legs *per damnationem* qui oblige l'héritier à la constituer entre vifs : Gaius, *D.*, 8, 4, *Comm. praed.*, 16) ; — par *adjudicatio* : *F. V.* 47 *a* ; — par *in jure cessio* : Gaius, 2, 29. 30. 32. — Déduction dans le legs et l'*in jure cessio* : *F. V.*, 47.

3. Mancipation des servitudes rurales : Gaius, 2, 29. Mancipation avec déduction d'usufruit : Gaius, 2, 33.

toutes sans *in jure cessio* par une mancipation intégrale suivie d'une remancipation *deducta servitute*[1].

Quant à la tradition, étant la remise de la possession faite en vertu d'un juste titre, elle ne peut servir à constituer les servitudes ni par voie de translation ni par voie de déduction ; car on ne peut remettre la possession d'une servitude, qui est une chose incorporelle, et pour la même raison on ne peut remettre la possession d'une chose diminuée de celle d'une servitude[2].

Enfin, toujours pour le même motif, l'usucapion, qui est l'acquisition d'un droit par la possession prolongée, ne peut faire acquérir les servitudes depuis une loi Scribonia, de date ignorée, qui abolit l'usucapion pour les servitudes pour lesquelles elle était précédemment admise, soit pour toutes les servitudes, soit peut-être seulement pour les servitudes urbaines, soit peut-être plutôt pour les servitudes les plus anciennes qu'on avait commencé par ne pas distinguer des droits de propriété, pour les servitudes prédiales rustiques[3].

En somme, dans ce régime, les grands procédés de constitution des servitudes étaient : à cause de mort, le legs, qui est toujours resté la source pratique principale des servitudes personnelles, et, entre vifs, l'*in jure cessio*.

II. Réformes de l'édit et du droit impérial[4]. — Tous les modes

1. Paul, *F. V.*, 51, *in fine*, indique le procédé comme permettant d'acquérir l'usufruit par l'intermédiaire des personnes en puissance qui ne peuvent figurer dans l'*in jure cessio*. On leur mancipera la chose que le *paterfamilias* remancipera *deducto usu fructu*. L'inconvénient du procédé est qu'il fait la chose passer tout entière dans le patrimoine du tiers et que, sans parler du cas où celui-ci en profiterait pour l'aliéner ou constituer sur elle des droits réels, elle ne rentrera dans le patrimoine de son ancien maître que grevée des hypothèques générales portant sur les biens du propriétaire intérimaire.

2. V. Gaius, 2, 28, pour la translation ; *F. V.*, 47 *a*, pour la déduction.

3. Le seul texte est un texte de Paul, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 4, 28 (29), selon lequel *eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat*. On a souvent invoqué Cicéron, *Pro Caec.*, 26, 74, comme preuve que les servitudes de passage, d'aqueduc et de prise d'eau pouvaient encore s'acquérir par usucapion et que la loi n'était donc pas encore rendue au moment de ce plaidoyer. D'autre part, on ne discute pas seulement si toutes les servitudes pouvaient s'acquérir par usucapion avant la loi : on discute aussi s'il n'y en a pas certaines qui ont continué à pouvoir s'acquérir par ce procédé après la loi (cf. Paul, *Sent.*, 1, 17, 2).

4. Le régime établi en matière de servitudes par le droit prétorien et le droit de Justinien a fait dans les dernières années l'objet d'une littérature assez abondante dont le point de départ a été un travail de M. Hugo Krueger reprenant sans le savoir une idée précédemment émise par M. Perozzi, selon laquelle la servitude prétorienne n'aurait jamais été sanctionnée que par des interdits. V. Perozzi, *R. It. Sc. g.*, 23, 1897, pp. 37-50. 67-187 ; H. Krueger, *Die praetorische servitutes*, 1911, et les comptes-rendus d'Albertario, *Filangieri*, 1912, nos 3-4, H. Peters, *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 595-600, Ad. Berger, *Z. de Grünhut*, 40, 1913-1914, pp. 293-309 ; Collinet, *Etudes historiques*, pp. 161-173 et *Mélanges Girard*, 1, pp. 185-198 ; Rabel, *Mélanges Girard*, 2, pp. 387-413. Ainsi qu'on peut le voir par le dépouillement méthodique de M. Rabel, le résultat final a surtout été d'élargir le champ de nos incertitudes.

de constitution des servitudes admis par l'ancien droit sont des modes de droit civil, inaccessibles aux pérégrins, inapplicables aux fonds provinciaux. Il n'y en avait par exemple aucun qui permît de constituer une servitude personnelle ou réelle sur un fonds provincial.

1. Ce fut pour combler cette dernière lacune que fut, nous affirme Gaius [1], établi un autre mode de constitution des servitudes, qui paraît donc avoir été introduit par les édits des gouverneurs de provinces, mais que l'on a pu croire avoir aussi fonctionné à Rome et en Italie, *jure praetorio, tuitione praetoris*, et qu'après la disparition de la mancipation et de l'*in jure cessio*, les Institutes de Justinien nous signalent comme le mode de constitution entre vifs tant des servitudes personnelles que des servitudes réelles du droit d'alors. Ce mode de constitution ce sont les pactes et les stipulations (*pacta et stipulationes*).

Les pactes et stipulations consistent, sans grande difficulté, dans une convention, un pacte, par lequel on établit la servitude, et dans un contrat verbal consécutif, par lequel le constituant promet à son acquéreur, soit purement et simplement, soit sous une peine, de le laisser exercer la servitude (*uti frui, ire licere*, par ex.). Mais il y a une controverse assez vive sur leur véritable effet juridique. Une doctrine ancienne, encore défendue, soutient, malgré le langage de Gaius, du Digeste et des Institutes, qu'il n'y a pas là une constitution de servitude, mais une simple formation d'obligation rendant seulement le bénéficiaire créancier du promettant et de ses héritiers, sans lui donner de droit réel opposable aux tiers acquéreurs ou aux créanciers du constituant [2]. Suivant une autre doctrine, que nous croyons meilleure [3], les *pacta et stipulationes* font naître au profit de leur bénéficiaire un véritable droit réel de servitude sanctionné d'abord sur les fonds provinciaux, par l'édit provincial, puis, peut-être, quoique moins sûrement, à Rome et en Italie, par l'édit du préteur et enfin, sous Justinien, par le droit civil [4].

1. Gaius, 2, 31.
2. V. en ce sens, outre presque tous les ouvrages français, Vangerow, 1, § 350 ; Brinz, 1, p. 792 ; Lenel dans les *Iahrbücher* de Ihering, 19, 1880, p. 183 et ss.
3. Cette doctrine, qui vient de l'enseignement de Savigny, est admise dans les traités de Arndts, Dernburg, Windscheid, Baron, etc. V. en particulier l'exposé de Dernburg-Sokolowski, 1, § 214, n. 13-19, et la monographie de Schmidt von Ilmenau, *Iahrbücher des gemein. Rechts*, 3, 1859, p. 256 et ss.
4. Il faut, à notre sens, distinguer deux espèces de conventions, les pactes constitutifs de servitudes et ceux relatifs à la constitution future de servitudes, la stipulation constitutive *uti frui, ire agere licere* par exemple, et la stipulation simplement obligatoire *usum fructum, iter viam dari*. Il y a quelques textes qui parlent de la seconde, par exemple *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 136, 1. Mais il y en a de bien plus nombreux qui parlent des pactes et stipulations générateurs de droits réels. Ce qui a empêché de les entendre dans leur sens naturel, c'est le principe élémentaire de la séparation des modes d'acquérir et des modes de s'obliger, l'idée que la propriété s'acquiert par mancipation, par tradition, par usucapion et que les obligations se forment par stipulation ; que le pacte, la stipulation ne

2. D'autre part, ce qui excluait l'application de la tradition en matière de servitudes, c'était l'idée que les choses incorporelles ne sont pas susceptibles de possession. On a fini par admettre que les servitudes peuvent comme la propriété se manifester par des actes matériels, qu'un personnage peut aussi bien se comporter en usufruitier, en titulaire d'une servitude de passage qu'en propriétaire, qu'il peut y avoir une quasi-possession de la servitude comme il peut y avoir une possession de la propriété. Le résultat logique devait être que la servitude pourrait être remise par tradition et retenue au moment de la tradition. C'est la solution du droit de Justinien contenue dans des textes positifs du Digeste [1]. Le point délicat est de savoir si elle était déjà admise, au

peuvent faire naître que des droits personnels et non des droits réels; que, comme dit une constitution de Dioclétien, *C.*, 2, 3, *De pactis,* 20 : *Traditionibus* [Dioclétien : *Mancipationibus*] *et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* Mais cette règle est faite pour la propriété, pour les choses corporelles (la preuve en est non seulement dans le mot *dominia,* mais surtout dans la mention de l'usucapion), et, sinon dans l'ancien droit civil, au moins en droit provincial, dans le droit prétorien, dans le droit de Justinien qui en sont issus, elle ne s'applique pas aux choses incorporelles. Nous connaissons un droit réel prétorien, peut-être d'origine provinciale, l'hypothèque, qui s'établit de l'avis de tous par simple pacte, deux autres droits réels prétoriens, le *jus in agro vectigali* (emphytéose) et la superficie, qui s'établissent, à notre sens (p. 393, p. 394), par simple pacte. Rien n'empêche qu'il en ait été de même des servitudes établies par les pactes et les stipulations d'abord en droit provincial, puis en droit prétorien, puis dans le droit de Justinien. Or nous en avons la preuve dans les textes, au moins pour le droit provincial et pour le droit de Justinien : 1° pour le droit provincial, dans Gaius, 2, 31 : *Alioquin in provincialibus praediis sive quis usum fructum, sive jus eundi agendi... ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest* : *quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt,* où il oppose les pactes et les stipulations à la mancipation et à l'*in jure cessio* comme servant, de même qu'elles, à *constituer* les servitudes ; — 2° pour le droit de Justinien, dans les Institutes, qui indiquent les pactes et stipulations, 2, 3, *De serv.*, 4, comme seul mode de constitution entre vifs des servitudes prédiales (*si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet*), et 2, 4, *De usuf.*, 1, comme seul mode de constitution entre vifs de l'usufruit (*sine testamento si quis velit alii usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet*), ce qu'il est hardi de traduire en disant que les servitudes prédiales et l'usufruit ne se constituent pas par les pactes et stipulations que signale Justinien et se constituent par la quasi-tradition dont il ne parle pas. — Il semblerait logique que les pactes et stipulations qui créent les servitudes en droit provincial au début de l'évolution et dans le droit de Justinien, à sa fin, les eussent aussi créé dans l'intervalle en droit prétorien, et on a pu invoquer en ce sens un certain nombre de textes, ainsi en matière d'usufruit, *D.*, 7, 1, *De usuf.*, 3, *pr.*, et 25, 7 ; en matière de servitudes, *D.*, 8, 3, *De S. P. R*, 33, *pr.* et 36. Mais, au fond, aucun de ces textes n'est absolument probant, parce que la stipulation peut avoir été primitivement celle du droit provincial dans quelques-uns et avoir été mise à la place de l'*in jure cessio* dans quelques autres. Les pactes et stipulations sont donc une institution du droit provincial qui a passé sous Justinien dans le droit civil, sans qu'on puisse affirmer qu'elle l'ait fait en passant par le canal du droit prétorien.

1. V. les textes cités p. 383, n. 2, 3 et 4. On remarquera d'ailleurs que, même alors, elle ne peut servir à constituer toutes les servitudes, car il est bien impossible de faire tradition d'une servitude négative, d'une servitude de ne pas bâtir, par exemple.

moins en droit prétorien, par les jurisconsultes classiques. Elle est encore niée par Labéon, puis, au temps d'Hadrien, par Pomponius et, à celui d'Antonin le Pieux, par Gaius [1]. Au contraire, à en croire le Digeste, le jurisconsulte de la fin du Ier siècle Javolenus aurait soutenu, en critiquant Labéon, que la servitude pouvait faire l'objet de l'équivalent d'une tradition [2], ce dont, d'après d'autres textes, le droit classique aurait conclu que les servitudes pouvaient être constituées *jure praetorio* par une *quasi traditio*, appelée aussi *patientia* du côté du constituant, *usus* du côté de l'acquéreur [3], ou, à l'inverse, par une déduction greffée sur une tradition [4]. Seulement la force du texte de Javolenus, qui était le plus frappant [5], a été un peu diminuée par la preuve d'un remaniement [6].

3. La même idée, qui a conduit à admettre que la translation et la déduction des servitudes pouvaient être opérées par la tradition, semblerait impliquer l'extension à l'acquisition des servitudes de la possession prolongée, de l'usucapion ou tout au moins de la *praescriptio longi temporis*. Mais ici encore on doit relever des diversités qui montrent l'indépendance du développement de la théorie des servitudes. On a bien admis que les servitudes pourront s'acquérir par une possession prolongée [7], et on donne à cette prescription acquisitive les noms de *longa possessio*, de *diuturnus usus*, mais on paraît au contraire éviter de lui donner celui de *longi temporis praescriptio*. Et en effet il n'y a pas identité de principe. Après avoir d'abord eu un délai indéterminé, cette *longi temporis possessio* a bien fini par s'accomplir par le délai légal de 10 à 20 ans [8], mais elle ne paraît pas exiger chez son bénéfi-

1. Labéon, cité par Javolenus, *D.*, 8, 1, *De serv.*, 20 : *Quotiens via aut aliquid jus fundi emeretur, caoendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo jure uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset.* Pomponius, *D.*, 19, 1, *De act., empti*, 3, 2, pour les servitudes réelles. Gaius, 2, 28, pour toutes les choses incorporelles.

2. Javolenus, *D.*, 8, 1, *De serv.*, 20 (n. 1, suite) : *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.*

3. Ulpien, *D.*, 8, 3, *De S. P. R.*, 1, 2 ; *D.*, 6, 2, *De Publ.*, 11, 1.

4. Pomponius, *D.*, 7, 1, *De usuf.*, 32 (Lenel, 775). Gaius, *D.*, 8, 4, *Comm. praed.*, 3 (Lenel, 177). Ulpien, *D.*, 8, 4, *Comm. praed.*, 6, *pr.* (Lenel, 2704).

5. Les textes cités n. 4, ne sont en réalité probants que pour le droit de Justinien, car ils se rapportaient probablement à peu près tous dans leur forme première à la déduction greffée sur une mancipation. Ceux cités n. 3 sont eux-mêmes aujourd'hui suspectés d'interpolation par plus d'un auteur.

6. La finale : *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*, est sans doute interpolée ; car les interdits donnés en matière de servitudes prédiales rustiques ne sont jamais appelés quasi-possessoires. Seulement il reste toujours l'affirmation : *ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse* ; car précisément, si les compilateurs ont greffé sur elle leur interpolation relative aux interdits quasi-possessoires, c'est qu'elle se trouvait déjà dans le texte de Javolenus.

7. Ulpien, *D.*, 8, 5, *Si serv. vind.*, 10, *pr.*

8. Paul, *Sent.*, 5, 5 a, 8.

ciaire les conditions ordinaires de bonne foi et de juste titre ; elle semble exiger uniquement que la possession fût exempte des vices de précarité, de violence ou de clandestinité en face du propriétaire que grève la servitude acquise [1].

4. Enfin l'adjudication, qui, dans le droit civil pur, ne constituait la servitude que si le *judicium* était *legitimum*, la constitue *jure praetorio*, à l'époque classique, quand le *judicium* est *imperio continens*, et la constitue civilement, sans distinction de *judicium*, à l'époque de Justinien [2].

SECTION III. — Extinction des servitudes.

Les servitudes s'éteignent soit par la disparition d'une de leurs conditions nécessaires d'existence, soit par la renonciation du bénéficiaire, soit par défaut d'exercice, soit, sauf explication, par l'arrivée du terme et de la condition extinctifs.

1. *Disparition d'une des conditions d'existence.* La servitude, étant un droit réel établi au profit d'une personne ou d'un fonds sur une chose appartenant à autrui, cesse d'exister :

a) Par la disparition de la personne ou du fonds qui en profite : par la destruction du fonds dominant au profit duquel existe la servitude prédiale ; surtout, pour les servitudes personnelles et sauf les atténuations admises en matière d'habitation et d'*operae*, par la mort naturelle ou civile du titulaire de la servitude, par sa mort naturelle, à toute époque, par sa *capitis deminutio* quelconque avant Justinien, par sa *capitis deminutio maxima* ou *media* depuis Justinien [3].

b) Par la disparition de la chose sur laquelle elle porte, par l'anéantissement matériel ou juridique de son objet, quand le fonds servant est envahi par la mer ou transformé en *res sacra*, quand l'esclave grevé d'usufruit meurt ou est valablement affranchi ; en outre les servitudes personnelles s'éteignent *mutatione rei*, quand la *substantia* n'est plus *salva* [4].

c) Par la réunion sur la même tête des qualités de titulaire de la servitude et de propriétaire de la chose qui en est grevée (*confusion* ; au cas d'acquisition de la nue propriété par l'usufruitier, *consolidation*) [5].

2. *Renonciation du bénéficiaire de la servitude.* Le propriétaire du fonds dominant, l'usufruitier, a le droit de renoncer à la servitude existant à son profit ou à celui de son fonds. Seulement, dans l'ancien droit

1. V. notamment Ulpien, *D.*, 8, 5, *Si serv. vind.*, 10, *pr.*
2. *D.*, 7, 1, *De Usufr.*, 6, 1. *D.*, 10, 2, *F. E.*, 22, 3.
3. *Inst.*, 2, 4, *De usufr.*, 3. Cf. pour le droit antérieur, Paul, *Sent.*, 3, 6, 29.
4. *D.*, 7, 4, *Quib. mod.*, 5, 2.
5. Consolidation : *Inst.*, 2, 4, *De usufr.*, 3. Confusion : *D.*, 8, 6, *Quemadm. serv.*, 1. *D.*, 8, 2, *De S. P. U.*, 30, *pr.* 1.

civil, la servitude s'éteint comme elle se constitue, par un acte formel, par une *in jure cessio* [1]. De même qu'elle se constitue par le simulacre d'une action confessoire, où celui qui veut acquérir le droit de servitude prétend l'avoir déjà à l'encontre du propriétaire de la chose qui en sera grevée, elle s'éteint par le simulacre d'une action négatoire, où celui qui en est grevé soutient en face de son titulaire qu'elle n'existe pas [2]. Une simple convention ne suffirait pas, au contraire, pour l'éteindre ; mais depuis l'introduction des exceptions opérée sous la procédure formulaire, celui contre lequel l'usufruitier intente l'action confessoire après avoir consenti une convention de cession a, pour le repousser, une exception de dol [3]. C'est même le seul procédé de renonciation à l'époque de Justinien, où l'*in jure cessio* a disparu aussi bien comme mode d'extinction que comme mode de constitution des servitudes.

3. *Défaut d'exercice.* A la différence de la propriété qui ne s'éteint pas par l'inaction du propriétaire, qui s'éteint seulement par l'action contraire d'un tiers, les servitudes, dérogations au droit commun de la propriété, s'éteignent parfois par le défaut d'exercice. Il faut, à ce sujet, distinguer. Les servitudes personnelles et les servitudes rustiques s'éteignent par le non-usage, à partir du dernier acte d'exercice, par un délai qui est d'un ou deux ans selon que la chose grevée est un meuble ou un immeuble en droit classique, de trois ans si la chose grevée est un meuble et, si c'est un immeuble, de dix à vingt ans, selon que le délai court entre présents ou entre absents, dans le droit de Justinien. Les servitudes prédiales urbaines s'éteignent par les mêmes délais de deux ans avant Justinien et de dix à vingt ans sous Justinien, mais seulement à partir du jour où le propriétaire grevé a fait un acte contraire à l'exercice de la servitude, a, par exemple, construit un édifice pour une servitude de ne pas bâtir. Les premières s'éteignent par le non-usage (*non usus*), les secondes par l'usucapion de la liberté (*usucapio libertatis*) [4].

Ces solutions ne présentent aucune difficulté, quand les servitudes rustiques sont, comme il arrive d'ordinaire, des servitudes positives, exigeant un acte du propriétaire du fonds dominant pour s'exercer, et les servitudes urbaines des servitudes négatives, s'exerçant sans le fait du titulaire, astreignant celui qui en est grevé à ne pas faire quelque chose.

1. Et logiquement par une remancipation pour les servitudes prédiales rustiques.

2. Gaius, 2, 30. L'*in jure cessio* devait naturellement être faite au nu-propriétaire. Si elle était faite à un tiers, elle ne lui transférait évidemment pas la servitude. Mais, au moins en matière d'usufruit, on discutait si elle éteignait le droit du cédant ou si elle n'avait aucun effet. V. dans ce dernier sens Gaius, 2, 30, et dans le précédent Pomponius, *D.*, 23, 3, *De j. dot.*, 66.

3. *D.*, 44, 4, *De d. m. exc.*, 4, 12.

4. Non-usage : Paul, *Sent.*, 1, 17. 3, 6, 30. *Usucapio libertatis* : Gaius, *D.*, 8, 2, *De S. P. U.*, 6. Sur les délais du droit de Justinien, v. *C.*, 3, 34, *De serv.*, 13.

Mais il en est autrement pour le cas où une servitude positive, par exemple une servitude de passage, est établie au profit d'un fonds urbain et par conséquent est urbaine, pour celui où une servitude négative, par exemple une servitude de ne pas bâtir, est établie au profit d'un fonds rural et par conséquent est rustique. C'est un point controversé de savoir si le droit romain décidait que la servitude urbaine, même positive, exigeait un acte contraire (*usucapio libertatis*) et que la servitude rustique, même négative, s'éteignait par le non-usage ou s'il distinguait simplement selon le caractère positif ou négatif de la servitude. Ce dernier système est évidemment le plus raisonnable ; mais il s'accorde mal avec la façon dont les textes formulent le critérium de la distinction.

4. *Terme et condition extinctifs.* Les droits de servitude pouvaient être constitués, comme la propriété pouvait être transférée, sous des termes ou des conditions suspensifs, sauf la restriction résultant de ce que certains modes ne comportent ni terme ni condition [1]. Mais le terme et la condition figurent en outre dans la théorie des servitudes comme modes d'extinction, et à deux points de vue. La servitude peut être éteinte : 1° par l'arrivée du terme ou de la condition résolutoire sous laquelle le constituant était propriétaire, comme cela peut se produire, en droit récent, quand il a acquis la propriété à titre particulier sous un terme ou une condition résolutoire, mais comme cela peut en outre se produire, dès une époque bien plus ancienne, quand c'est un héritier grevé d'un legs conditionnel [2] ; 2° par l'arrivée du terme ou de la condition sous laquelle la servitude a été constituée, ainsi que cela a toujours pu être fait *jure civili* pour les servitudes personnelles, temporaires par nature [3], et que cela ne pouvait anciennement être fait *jure civili* pour les servitudes prédiales, perpétuelles par essence, mais que cela peut être fait pour elles, *jure praetorio*, par un pacte qui donnera au propriétaire après l'événement une exception contre le titulaire de la servitude [4].

SECTION IV. — Sanction du droit de servitude.

De même que la *rei vindicatio* qui sanctionne le droit de propriété, l'action réelle qui sanctionne le droit de servitude (*a. confessoria, vindicatio servitutis, petitio ususfructus*) a été d'abord restreinte aux droits

1. Il n'y a pas de difficulté pour la constitution par legs : *D.*, 33, 3, *De serv. leg.*, 3. *F. V.*, 49. Au contraire, la mancipation et l'*in jure cessio* n'admettent encore ici ni terme ni condition exprès : *F. V.*, 49. Seulement une convention indépendante pourrait faire naître une exception (Papinien, *D.*, 8, 1, *De serv.*, 4).

2. Marcellus, *D.*, 8, 6, *Quemadm. serv.*, 11, 1. Au contraire, le jurisconsulte admet avec quelque hésitation que si l'héritier a acquis une servitude au profit du même fonds, elle restera au fonds.

3. Paul, *F. V.*, 50, où il indique seulement un dissentiment de Pomponius pour la *deductio* temporaire jointe à une mancipation ou à une *in jure cessio*.

4. Papinien, *D.*, 8, 1, *De serv.*, 4.

acquis par des citoyens romains sur des choses romaines, à l'aide de modes civils, puis complétée, pour les trois domaines qu'elle n'embrassait pas, par des moyens équivalents à ceux que nous avons étudiés en matière de propriété. On pourrait donc reprendre ici les quatre catégories que nous avons distinguées là. Nous nous contenterons de distinguer l'action confessoire civile et ses extensions. En revanche ce sera le lieu de signaler rapidement, à côté des moyens pétitoires donnés aux bénéficiaires des servitudes, les interdits qui protègent plus ou moins complètement leur possession.

I. **Action confessoire** [1]. — De même que la *rei vindicatio* appartient au propriétaire civil, la *vindicatio servitutis*, désignée au moins par les compilations de Justinien du nom d'*actio confessoria* [2], appartient au titulaire civil de la servitude. Comme la *rei vindicatio*, elle s'intentait, à l'époque des Actions de la loi, par *sacramentum in rem* et elle s'intente, comme elle, normalement par formule pétitoire à l'époque de la procédure formulaire. Mais elle en diffère à certains points de vue qui la rapprochent de l'action négatoire avec laquelle elle est en opposition symétrique. 1° A la différence de la revendication du droit classique et à la ressemblance de l'action négatoire, la seconde donnée et la première refusée au possesseur, l'action confessoire appartient aussi bien au titulaire de la servitude qui l'exerce qu'à celui qui ne l'exerce pas [3] : elle existe contre quiconque trouble, en fait, l'exercice de la servitude [4] ; 2° à la ressemblance de ce qui se produit dans l'action négatoire, l'*arbitratus judicis* prescrira ordinairement, à côté, s'il y a lieu, de la restitution matérielle de la chose ou de la destruction des travaux faits sans droit, essentiellement et principalement une promesse (*cautio de non amplius turbando*) [5]. On remarquera que, pas plus qu'ailleurs, cet *arbitratus* ne sera exécuté *manu militari*, mais que, comme ailleurs, le montant de la condamnation sera, faute d'exécution, déterminé par le serment du demandeur et que le paiement de cette condamnation sera assuré, ici comme ailleurs encore, par la caution *judicatum solvi*, faute

1. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 2. Cf. G. Segré, *Mélanges Girard*, 2, pp. 511-599.
2. M. Segré a établi dans le travail cité, n. 1, que le nom d'*actio confessoria* donné par les jurisconsultes byzantins aux actions en revendication de l'usufruit et des servitudes ne leur est attribué que par interpolation dans les textes de l'époque du droit classique où les termes *actio confessoria*, *judicium confessorium* visaient exclusivement une hypothèse toute différente : celle où l'action de la loi Aquilia et sans doute les autres actions où *lis infitiando crescit in duplum* étaient, par suite de la *confessio* du défendeur, données contre lui seulement *in simplum*.
3. *D.*, 7, 6, *Si usufr. pet.*, 5, 6 : *Nam et possessori competunt*.
4. *D.*, 8, 5, *Si serv.*, 4, 5 ; 10, 1.
5. *D.*, 8, 5, *Si serv.*, 7. *D.*, 7, 6, *Si usufr.*, 5, 6. Nous avons déjà vu (p. 356, n. 1), que M. Lenel conteste le caractère arbitraire des actions confessoire et négatoire relatives aux servitudes prédiales.

d'administration de laquelle la possession sera transférée du défendeur au demandeur, si le défendeur avait la chose entre les mains, ainsi, au cas d'usufruit. par l'interdit *quem usum fructum* et, en matière de servitudes prédiales, par l'interdit *quam servitutem* symétriques à l'interdit *quem fundum*[1].

II. Action confessoire utile. — Quand la servitude n'est pas constituée *jure civili*, elle ne peut faire naître d'action confessoire. Mais tout au moins, quand il s'agit d'une servitude existant *tuitione praetoris*, acquise par un mode prétorien (pactes et stipulations? quasi-tradition? *diuturnus usus*), elle est protégée par une action réelle, d'une efficacité égale, que les textes appellent tantôt action confessoire utile, tantôt action Publicienne[2], comme l'action donnée au propriétaire prétorien avec la fiction que l'usucapion est accomplie, et on admet d'ordinaire, quoiqu'il n'y ait pas de texte, que cette action réelle est donnée, comme l'action Publicienne ordinaire, non seulement à celui qui a acquis la servitude par un mode prétorien, mais à celui qui l'a acquise *a non domino*. Des textes positifs disent en outre que cette action réelle utile est donnée au créancier gagiste, au *conductor agri vectigalis*, plus tard remplacé par l'emphytéote, et au superficiaire[3]. Enfin, sans parler des servitudes établies au profit de pérégrins, il ne paraît pas douteux que les servitudes qu'on permit de constituer sur les fonds provinciaux devaient, comme la pseudo-propriété de ces fonds, être protégées par une action réelle. Quant à la rédaction de la formule de ces actions utiles, on ne peut même pas faire de conjecture pour les actions relatives aux servitudes portant sur les fonds provinciaux ; pour celles relatives aux servitudes, personnelles ou réelles, constituées *a non domino* ou par des modes prétoriens, on ne sait en réalité rien de certain[4].

1. Cf. p. 353, n. 2. Interdit *quem usum fructum* : *F. V.*, 92 ; Paul, *Sent.*, 5, 6, 8 *b*. Interdit *quam servitutem* : Paul, *Sent.*, 5, 6, 8 *c* ; Africain, *D.*, 39, 1, *De O. N. N.*, 15, et Lenel, *Ed.*, § 255.

2. *A. utilis* : *D.*, 8, 5, *Si serv.*, 10, *pr.* (au cas de *diuturnus usus*). *A. Publiciana* : *D.*, 6, 2, *De Publ.*, 11, 1.

3. *D.*, 8, 1, *De serv.*, 16 : créancier gagiste, emphytéote. *D.*, 39, 1, *De O. N. N.*, 3, 3 : superficiaire. L'usufruitier a, pour faire respecter les servitudes qui existent au profit du fonds sur lequel porte l'usufruit, l'action confessoire même qui protège son droit d'usufruit (*D.*, 7, 6, *Si ususfr. pet.*, 1, *pr.*).

4. Le nom de la Publicienne a fait penser à garder encore ici la fiction du délai de l'usucapion, mais en ajoutant une autre fiction nécessaire pour qu'il puisse être question d'usucapion, la fiction que la loi Scribonia n'aurait pas été rendue (Huschke, *Recht der Publician. Klage*, 1874, p. 43). Seulement cette fiction archéologique n'est pas vraisemblable et, en tout cas, elle ne suffirait pas pour toutes les hypothèses (par ex., à cause des conditions différentes de l'usucapion et de la prescription des servitudes). Une opinion plus simple et aussi vraisemblable (Appleton, *Propriété prétorienne*, 1, nos 49-52) suppose que la formule devait, soit dans tous les cas, soit dans certains, être rédigée *in factum*, comme, par exemple, celle de l'action hypothécaire. En tout cas, il ne faudrait pas supposer une fiction disant au juge de statuer comme si le délai de la *longi tempo-*

III. Interdits. — Le premier jurisconsulte signalé comme ayant admis la tradition des servitudes en remarquant que leur exercice équivaut à une possession, Javolenus, est représenté comme argumentant en ce sens des interdits quasi-possessoires [1]. C'est, en effet, probablement en considérant les interdits, déjà établis pour protéger les servitudes, qu'on est arrivé à admettre que, si les servitudes ne sont pas susceptibles de possession, il peut y avoir pour elles une quasi-possession servant d'assiette à une tradition et à une prescription acquisitive. Mais ce serait une lourde erreur de croire qu'il n'y ait, en partant de l'idée de quasi-possession, qu'à transporter aux servitudes les interdits qui permettent, en matière de choses corporelles, de recouvrer ou de retenir la possession. Le transfert pur et simple des règles de la possession des choses corporelles à la quasi-possession des choses incorporelles n'a même pas eu lieu pour la quasi-tradition ni surtout pour la *longi temporis possessio*, qui sont des formations du droit récent. Il est encore bien plus étranger au système des interdits qui n'a pas été une application de la théorie, mais son fondement préexistant.

Les interdits destinés à protéger l'exercice des servitudes se sont développés sous le coup des besoins pratiques, d'une manière indépendante et originale, tout à fait en dehors des règles de la protection possessoire ordinaire. Leur protection n'existe pas pour toutes les servitudes, elle n'existe pas pour celles qui en jouissent avec la même étendue que la protection possessoire ordinaire et elle est aussi parfois soumise à des conditions différentes de celles de cette protection. Nous nous bornerons à en donner une idée sommaire en distinguant les servitudes prédiales rustiques, les servitudes personnelles et les servitudes prédiales urbaines [2].

ris possessio était accompli, car le juge, ne connaissant que le droit civil en dehors des instructions que lui donne la formule, écarterait alors le demandeur, qui, même au bout du délai de la *longi temporis possessio,* n'aurait pas acquis la servitude *jure civili* : il faudrait tout au moins supposer, dans la formule, une autre disposition peu probable, astreignant le juge à se conformer aux règles de cette *longi temporis possessio.*

1. Javolenus, *D.*, 8, 1, *De serv.*, 20 (p. 383, n. 2). Cf. p. 383, n. 6. M. Albertario a récemment soutenu, *Rendiconti dell' Ist. Lomb.*, 45, 1912, pp. 465-494 ; *B. Ist. D. R.*, 25, 1912, pp. 465-494, que la quasi-possession des servitudes serait une création pure et simple de Justinien, ce qui supprimerait pour le droit antérieur non seulement la quasi-tradition et la *longa possessio,* mais les interdits quasi-possessoires eux-mêmes en dépit du témoignage de Gaius, 4, 139, que M. Albertario a en effet entrepris d'écarter comme une glose, *Filangieri*, 1914, n° 1. Cette dernière conséquence est, à notre sens, à elle seule, une objection de nature à arrêter. Il est possible que, dans ce cas comme dans bien d'autres, la notion ait été précisée et accentuée dans les compilations de Justinien ; mais le texte de Gaius suffit à établir qu'elle existait dès auparavant.

2. Le seul ouvrage français dans lequel les interdits relatifs aux servitudes fassent l'objet d'une exposition d'ensemble est, à notre connaissance, celui de Destrais, *De la propriété et des servitudes en droit romain,* 1895, pp. 465-495.

1. En matière de servitudes prédiales rustiques, la possession n'est, en droit romain, protégée qu'en matière d'eaux et de passage. Mais elle l'est alors par des interdits spéciaux, soumis à des conditions propres, qui ne paraissent guère moins anciens que ceux relatifs à la possession des choses corporelles [1] et qui, par conséquent, font bien ressortir l'indépendance des deux développements. En matière de passage, l'interdit principal est l'interdit *de itinere actuque privato*, appartenant à celui qui a exercé une servitude de passage *nec vi nec clam nec precario ab adversario*, au moins à trente jours différents de la dernière année et qui est empêché de continuer à l'exercer [2]. Il est complété, quand son bénéficiaire a besoin de réparer le chemin et qu'il en est empêché, par un interdit spécial, l'interdit *de itinere reficiendo*, qui est dans une divergence singulièrement saillante avec les règles des interdits possessoires ; car il faut y prouver non seulement sa possession, mais son droit [3]. En matière d'aqueducs, l'interdit principal est l'interdit *de aqua* [4], appartenant à celui qui a usé de l'aqueduc au moins une fois, *nec vi nec clam nec precario ab adversario*, dans un certain délai, mais sous une condition qui s'écarte encore plus de celles des interdits possessoires, à condition qu'il soit de bonne foi [5]. En outre, le bénéficiaire a, aux mêmes conditions, l'interdit *de rivis* pour réparer les conduites [6]. Enfin, en matière d'*aquae haustus*, nous trouvons comme correspondant aux interdits *de aqua* et *de rivis* les interdits *de fonte* et *de fonte reficiendo* soumis aux mêmes règles que les précédents [7]. Mais c'est tout, et on admet généralement aujourd'hui que le système de ces interdits est un système trop original, trop différent de celui des interdits qui protègent la possession des choses corporelles pour pouvoir être complété par lui.

2. En matière de servitudes personnelles, l'extension a au contraire été faite. L'usufruitier, au point de vue matériel, tient la chose comme

1. Ils apparaissent comme pleinement développés à l'époque de Cicéron qui dit, vers 685, dans le *Pro Caecina*, 13, 36 : *Qui dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factam jubet : qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit.*

2. *D.*, 43, 19, *De itinere actuque privato*, 1, *pr.* 2.

3. *D.*, *h.*, *t.*, 3, 11. 13. L'interdit est soumis à des conditions plus rigoureuses que l'action confessoire où l'on obtiendrait le même résultat en prouvant son droit sans avoir besoin de prouver qu'on l'exerce (*D.*, 8, 5, *Si serv.*, 4, 5). Son existence s'explique peut-être par l'idée qu'à l'époque où il a été créé, l'action confessoire ne pouvait pas encore servir à réclamer le droit de réparer le chemin (de Ihering, *Esp. du Dr. R.*, 4, p. 27, n. 13).

4. *D.*, 43, 20, *De aqua cottidiana et aestiva*.

5. Au moins une fois : *D.*, *h. t.*, 1, 22. *Nec vi nec clam nec precario ab adversario* : *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* Dans l'année, pour l'*aqua cottidiana*, dans l'hiver actuel ou le précédent, pour l'*aqua hyberna*, dans l'été actuel ou le précédent, pour l'*aqua aestiva* : *D.*, *h. t.*, 1, 3. 29-36. Bonne foi : *D.*, *h. t.*, 1, 10. 19. 39. On ne tient même pas compte ici de l'erreur de droit : *D.*, *h. t.*, 1, 10.

6. *D.*, 43, 21, *De rivis*.

7. *D.*, 43, 22, *De fonte*.

le possesseur d'une chose corporelle. Cependant ce n'est pas lui qui possède, c'est le nu-propriétaire. Mais on admet qu'en même temps qu'il possède la chose pour le nu-propriétaire, il a pour lui-même la quasi-possession de la servitude protégée par les mêmes interdits qui protègent la possession, soit par les interdits *retinendae possessionis*, *utrubi* et *uti possidetis*, soit par les interdits *recuperandae possessionis*, *unde vi* et *de precario*. Seulement il nous est attesté, tout au moins pour les interdits *unde vi* et *uti possidetis*, qu'ils ne lui ont été étendus que par une modification de la formule, comme interdits utiles [1].

3. En matière de servitudes prédiales urbaines, on pourrait penser d'abord que les interdits qui protègent des servitudes habituellement rustiques continuent à s'appliquer quand elles sont, par exception, urbaines. Cependant ce n'est même pas absolument vrai [2]. En tout cas, cela laisserait hors de cause toutes les servitudes qui sont normalement urbaines. Or on ne rencontre pour elles qu'un seul interdit spécial, d'ailleurs aussi anciennement attesté que ceux relatifs aux servitudes rustiques [3], l'interdit de *cloacis*, donné à celui qui veut nettoyer ou réparer un égout et dans lequel il n'a besoin de prouver que l'existence du canal sans qu'on puisse même lui opposer les vices de sa possession [4].

Pour les autres servitudes urbaines, c'est une question controversée de savoir si on leur étend comme aux servitudes personnelles les moyens relatifs à la possession des choses corporelles, en particulier, l'interdit *uti possidetis* donné au possesseur du fonds dominant. La doctrine la plus répandue admet une distinction entre les servitudes positives et les servitudes négatives [5]. L'interdit *uti possidetis* est accordé pour protéger l'exercice de la servitude positive, comme celui de la possession du fonds dominant ; car alors le trouble à l'exercice de la servitude est en même temps un trouble à la possession du fonds [6]. Au contraire pour la servitude négative, l'interdit *uti possidetis* est exclu par plusieurs textes qui n'admettent d'autre ressource que les moyens généraux don-

1. Interdits *uti possidetis* et *unde vi utiles* : *F. V.*, 90. 91. Cf. Lenel, *Ed.*, §§ 247, 2 et 245, 3. Interdit *de precario* : *D.*, 43, 26, *De prec.*, 2, 3.

2. Il en est ainsi pour la servitude d'aqueduc (*D.*, 43, 20, *De aqua*, 1, 13). Mais un texte positif dit, le contraire pour celle de passage, *D.*, 43, 19, *De itinere*, 1, 1 : *Hoc interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes*.

3. Cicéron, *Pro Caesina*, 13, 36 (p. 390, n. 1).

4. *D.*, 43, 23, *De cloacis*. Exclusion de l'exception *vitiosae possessionis* dans l'intérêt de l'hygiène publique, *D.*, *h*, *t.*, 1, 7.

5. Savigny, *Possession*, § 46, admettait l'application de l'interdit *uti possidetis* à toutes les servitudes urbaines ; Vangerow, *Pand.*, 1, § 355, la nie pour toutes. La distinction faite au texte est adoptée par Windscheid, Dernburg, Brinz, Baron, etc.

6. V. notamment pour le balcon qui surplombe sur le terrain d'autrui (*servitus projiciendi*), *D.*, 43, 17, *U. P.*, 3, 6 (il faut, croyons-nous, dans le paragraphe 5 corriger *inutile* en *id utile*). V. encore *D.*, 8, 2, *De S. P. U.*, 20, *pr.* ; 32, 1.

nés à celui qui se plaint d'un nouveau travail fait sans droit (interdit *quod vi aut clam* ; *operis novi nuntiatio*)[1].

CHAPITRE II. — *AGER VECTIGALIS*, EMPHYTÉOSE ET SUPERFICIE.

La superficie est le droit héréditaire et aliénable d'user et de jouir de la manière la plus large d'une construction qu'on a faite sur le sol d'autrui, existant à perpétuité ou à long terme, à charge de payer une redevance au propriétaire. Le droit reconnu d'abord au locataire de l'*ager vectigalis*, puis plus tard à l'emphytéote, est un droit analogue existant au profit du fermier à long terme d'un fonds non bâti. Les deux droits diffèrent par dessus tout par leur histoire. Ils ont l'un et l'autre passé des baux du droit public dans ceux du droit privé. Mais l'évolution a été beaucoup plus précoce et moins heurtée pour la superficie.

1. Superficie (*superficies*)[2]. La superficie tire son origine des usages de l'Etat, qui devenait, d'après le droit commun, propriétaire des constructions élevées par les particuliers sur le sol public (*superficies solo cedit*), mais qui les laissait à titre de louage aux constructeurs tant qu'ils lui payaient la redevance (*solarium*)[3]. Ce système était également pratiqué par les villes qui louaient ainsi à long terme des terrains non bâtis à des particuliers pour y construire[4]. Enfin il est aussi, de bonne heure, entré dans les habitudes des particuliers[5]. C'est pour les dernières situations que le préteur est intervenu, par deux mesures successives qui ont séparé profondément le superficiaire du locataire ordinaire. D'abord il lui a concédé un interdit calqué sur l'interdit *uti possidetis*, l'interdit *de superficie*, qui lui permit de défendre de son chef l'exercice de son droit contre ceux qui le troubleraient[6]. Ensuite il promit dans

1. V., par ex., *D.*, 8, 5, *Si serv. vind.*, 6, 1, pour la servitude de ne pas bâtir, et plus largement *D.*, 39, 1, *De O. N. N.*, 5, 10.

2. *D.*, 43, 18, *De superficiebus*. Cf. Degenkolb, *Platzrecht und Miethe*, 1867. A. Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, pp. 90-93. Ad. Schmidt, *Z. S. St.*, 11, 1890, pp. 121-164. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1260-1268.

3. Exemples : *tabernae argentariae*, Ulpien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 32 ; édifices limitrophes des aqueducs publics, Frontin, *De aq.*, 2, 118 ; construction faite en l'an 193 par le gardien de la colonne Antonine, *Textes*, p. 832.

4. Exemple : inscription de Pouzzoles, *Textes*, p. 833.

5. *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* Cf. *D.*, *h. t.*, 1, 4. *D.*, 43, 17, *U. P.*, 3, 7.

6. *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* Outre l'interdit spécial *de superficie*, il paraît bien avoir les interdits *unde vi* et *de precario* (*D.*, 43, 16, *De vi*, 1, 5. *D.*, 43, 26, *De prec.*, 2, 3). En revanche, le propriétaire a contre lui l'interdit *uti possidetis* (*D.*, 43, 17, *U. P.*, 3, 7).

l'édit de lui accorder en outre le cas échéant (*causa cognita*) les autres actions dont il aurait besoin, c'est-à-dire en première ligne une action *in factum* calquée sur la revendication, lui permettant de reprendre la chose grevée de son droit en toutes mains, même en celles du propriétaire et de ses sous-acquéreurs, mais aussi des actions modelées sur l'action négatoire et l'action confessoire [1]. Et, de même que de l'existence de l'action Publicienne on a conclu à celle de la propriété prétorienne, on a conclu ici de cette concession d'action réelle à l'existence d'un droit réel que le superficiaire pourra non seulement transmettre à cause de mort et aliéner entre vifs, mais grever de servitudes et d'hypothèques, au profit duquel aussi il pourra se faire consentir des servitudes réelles [2]. Seulement cela n'a pas empêché l'institution de garder certains traits qui viennent de son caractère primitif de contrat de louage [3] : de même que le louage est un contrat consensuel, le droit réel de superficie peut être créé par le simple accord de volontés [4] ; il implique nécessairement l'existence d'une redevance (*solarium, pensio*) [5] ; enfin il s'éteint, comme le louage, par la perte de la chose [6] et, croyons-nous, par le défaut de paiement du loyer pendant deux ans.

2. *Conductio agri vectigalis* ; emphytéose [7]. Le droit du *conductor*

1. *D.*, *h. t.*, 1, *pr. D.*, 6, 1, *De R. V.*, 73, 1 ; 75 (v. en dernier lieu contre la doctrine selon laquelle le superficiaire n'aurait une action réelle que depuis Justinien, Albertario, *R. It. sc. g.*, 50, 1911, pp. 79-88). Le fr. 1, 3, nous indique la *causae cognitio* comme portant sur le point de savoir si la *superficies* a bien été louée à perpétuité. Mais elle portait probablement dans le principe sur le point de savoir si la concession d'une action était ou non indispensable. Action confessoire utile, *D.*, *h. t.*, 1, 6. On donne aussi l'action Publicienne à celui qui a acquis la *superficies a non domino* (*D.*, 6, 2, *De Publ.*, 12, 3). — Le propriétaire a toujours la revendication ; mais le superficiaire a pour la paralyser une exception symétrique à son action, *D.*, *h. t.*, 1, 4.

2. Droit de disposer à titre de vente (*D.*, 6, 2, *De Publ.*, 12, 3), de donation ou de legs (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 7 : Lenel, 1551), de grever la chose de servitudes personnelles (*D.*, *h. t.*, 1, 6) ou d'hypothèques (*D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 16, 2), d'acquérir pour elle des servitudes (*D.*, *h. t.*, 1, 9).

3. V. sur le maintien général des règles du louage, Schmidt, p. 155.

4. On invoque en sens contraire les témoignages qui parlent de tradition de son droit faite par le superficiaire (*D.*, *h. t.*, 1, 7) et qui prouveraient que lui-même a dû recevoir tradition. On peut invoquer en notre sens l'analogie de l'*ager vectigalis* (p. 393, n. 2) et le fait que Gaius, qui connaît parfaitement la superficie, n'admet pas la tradition des choses incorporelles. La superficie peut aussi être établie par legs et peut-être par prescription.

5. Cela résulte de la définition même du *superficiarius*, *qui in alieno solo ita superficiem habet ut certam pensionem praestet*, Paul, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 74. Dans l'inscription de Pouzzoles, la *superficies* est comme d'ordinaire constituée contre un *solarium* ; seulement on fait remise au superficiaire de sa dette en retour de l'abandon qu'il consent de son droit pour la date de son décès. La définition des *superficiariae aedes* comme celles *quae in conducto solo positae sunt*, *D.*, *h. t.*, 2, paraît bien impliquer que notre système est exclusivement relatif à celui qui construit sur le sol d'autrui, à l'exclusion du locataire de fonds déjà bâtis.

6. Pomponius le suppose, *D.*, 39, 2, *Damn. inf.*, 39, 2.

7. *D.*, 6, 3, *Si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur*. Cf. A. Pernice,

agri vectigalis résulte de baux perpétuels ou à long terme (cent ans ou davantage), faits notamment par les cités, mais aussi par l'Etat et des corporations religieuses [1]. Comme les baux ordinaires, ces baux se formaient par le seul consentement [2], impliquaient le paiement d'une redevance et étaient en général soumis aux règles habituelles du louage. Mais, à cause de leur longue durée, on a fait encore ici à leur bénéficiaire une condition différente de celle du fermier ordinaire. Il acquiert les fruits par la séparation [3], il a les interdits possessoires [4] et le préteur lui a accordé une action réelle modelée sur la revendication [5], de l'existence de laquelle on a conclu pour lui comme pour le superficiaire à celle d'un droit réel prétorien transmissible à cause de mort et entre vifs, susceptible d'être grevé d'hypothèques et de servitudes [6]. Quant aux baux à long terme faits par des particuliers, le droit classique les laissait soumis au droit commun.

Seulement, en face de ce système, on voit apparaître, à partir d'une date plus récente, un autre type de conventions de louage à long terme : ce sont les conventions d'emphytéose (*emphyteusis*). Ces conventions ont d'abord été faites par les empereurs à l'imitation de modèles helléniques, non pas pour des terres déjà en culture, comme les *agri vectigales*, mais pour des terres incultes louées à long terme moyennant une faible redevance (*canon*) à des cultivateurs qui se chargeaient de les mettre en valeur [7], et l'usage a fini par en être adopté par les particuliers, ainsi

Z. S. St., 5, 1884, pp. 84-90. Lenel, *Edictum*, § 70. Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum*, 1901. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1268-1275.

1. Paul, *D.*, *h. t.*, 1, et Gaius, *Inst.*, 3, 145, ne parlent que de fonds appartenant à des cités. Hyginus ajoute, p. 117, les biens de corporations religieuses et p. 116, des biens de l'Etat moins bien connus (situés en province d'après Mitteis, pp. 18-19, en Italie, selon Mommsen, *Z. S. St.*, 23, 1902, pp. 442-443 = *Ges. Schr.*, 3, pp. 151-152). Les biens de l'Etat n'étaient pas d'ordinaire soumis à ce régime et étaient le plus souvent affermés seulement pour la durée du lustre (Mommsen, *Dr. publ.*, 1, pp. 270-272 ; 4, p. 150).

2. C'est au fait même du louage, donc à l'accord des volontés, que Paul, *D.*, *h. t.*, 1, 1, rattache l'existence de l'action réelle. Il n'y a pas un indice de la nécessité d'une tradition, qui n'était sans doute pas admise pour les choses incorporelles à l'époque où le préteur créa notre droit réel.

3. *D.*, 22, 1, *De usur.*, 25, 1.

4. *D.*, 2, 8, *Qui satisd.*, 15, 1.

5. *D.*, *h. t.*, 1, 1. Il a de même une action confessoire utile (*D.*, 8, 1, *De serv.*, 16), une action négatoire utile et, quand il tient *a non domino*, une action Publicienne (*D.*, 6, 2, *De Publ.*, 12, 2). — Le fr. 3, qui donne le même droit aux fermiers à court terme des cités, est écarté comme interpolé par Mitteis, p. 16, et défendu par Mommsen, *Z. S. St.*, pp. 441-442 = *Ges. Schr.*, 3, pp. 150-151.

6. Hérédité : *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* Legs : Ulpien, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 71, 6 (Lenel, 1246). Hypothèque : *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 16, 2. Servitudes : *D.*, 7, 4, *Quibus mod.*, 1, *pr.*

7. Cf. Beaudouin, *Les grands domaines dans l'empire romain*, 1899, p. 259-297 et les nombreux renvois. Ajouter Cuq, *Institutions*, 2, pp. 828-831, et Mitteis, pp. 28-56, qui a beaucoup éclairé l'histoire de la distinction première et de la fusion postérieure du *jus emphyteuticum* (d'abord temporaire) et du *jus perpetuum* (ancien

qu'on voit un peu avant Justinien dans une constitution de Zénon qui, tranchant pour l'emphytéose une controverse autrefois agitée pour le louage de l'*ager vectigalis*, décide que ce n'est ni un louage ni une vente, mais un contrat spécial où le canon reste dû entièrement malgré la perte partielle de la chose et cesse de l'être par sa perte totale [1].

Or Justinien a fondu les deux institutions [2] en portant pour l'institution nouvelle ainsi formée certaines règles nouvelles : ainsi celle décidant que le droit de l'emphytéote serait éteint faute de paiement du canon pendant trois ans [3] ; ainsi celle astreignant l'emphytéote qui aliène son droit à notifier la chose au propriétaire qui aura le choix entre un droit de préemption et l'exigence d'une taxe de 2 0/0 sur le prix [4]. C'est là le droit réel aliénable et transmissible d'emphytéose, qui, loin de venir de l'édit du préteur, ou même d'un simple transfert au louage perpétuel des particuliers des règles établies par lui pour le louage perpétuel des *agri vectigales*, est donc le résultat d'une combinaison entre l'emphytéose grecque et ce louage public romain, opérée seulement par Justinien.

jus in agro vectigali) des recueils de constitutions impériales. Les inscriptions d'Henchir Mettich de l'an 116 ou 117, d'Aïn-el-Djemala de 117-138 et d'Aïn-Ouassel de 198-212, *Textes*, pp. 870-878, ont révélé l'existence en Afrique dès le IIe siècle d'un régime analogue sans être absolument identique.

1. *C.*, 4, 74, *De emphyteutico jure*, 1. En revanche, le Code Théodosien ne paraît connaître encore ce genre de convention que pour les biens impériaux. Cf. Pernice, p. 85.

2. Justinien a mis cette fusion en œuvre assez grossièrement en ajoutant à la mention de l'*ager vectigalis* les mots *vel emphyteuticarius* dans la rubrique de notre titre et *id est emphyteuticarius* dans le texte de Macer, *D.*, 2, 8, *Qui satisd.*, 15, 1, qui ne prouvent donc aucunement la présence dans l'édit d'une action réelle donnée à l'emphytéote.

3. *C.*, *h. t.*, 2.

4. *C.*, *h. t.*, 3. Cf. le commentaire ingénieux de de Ihering, *Espr. du Dr. R.*, 4, pp. 251-252.

IV. — OBLIGATIONS

Le droit réel porte sur une chose. Le droit personnel porte sur une personne. C'est une limitation à la liberté de cette personne[1], astreinte par là à un acte positif ou négatif auquel elle ne serait pas tenue si elle n'était dans les liens de l'obligation. Le droit personnel, *obligatio*[2], appelé créance du côté actif, dette du côté passif, l'obligation est, dit-on en résumant deux définitions données par Justinien et par Paul[3], le droit d'une personne (créancier, *creditor*, *reus credendi*) en face d'une autre (débiteur, *debitor*, *reus debendi*) à un acte ou à une abstention, sanctionné par une action, ou, dit-on encore, en ajoutant un terme qui

1. On a même pu se demander si très anciennement le droit de créance n'a pas été considéré comme portant sur la personne du débiteur de la même façon dont le droit de propriété porte sur la chose. Cf. Gradenwitz, *Zwangsvollstreckung und Urtheilssicherung*, 1888, p. 9 et ss. ; Bourcart, sur Muirhead, *Introduction*, 1889, p. 588 et ss. ; Huvelin, dans Daremberg et Saglio, 7, 1, 1904, v° *Obligatio*. Dans une autre doctrine qui a été formulée en premier lieu par le romaniste Brinz, *Z. de Grünhut*, 1, 1874, pp. 11-40 ; *Lehrbuch der Pandekten*, §§ 206 et ss., mais qui a surtout été accueillie favorablement par les Germanistes, qui cependant a aussi été appliquée récemment au droit grec (Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, 1, 1909), au droit assyro-babylonien (Koschaker, *Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht*, 1911) et même au droit romain (v. par ex. A. Marchi, *Storia e concetto della obligazione romana. I Storia dell'obligazione romana*, 1912 ; G. Cornil, *Mélanges Girard*, 1, pp. 199-263), il faudrait distinguer le lien assujettissant directement une personne ou une chose envers le créancier (*ob-ligatio*, *Haftung*), qui serait, somme toute, la formation la plus ancienne et la plus grossière, et la simple dette ayant pour objet une prestation déterminée sans impliquer, dit-on, par elle-même aucun assujettissement à la personne du créancier (*debitum*, *Schuld*), qui serait la formation la plus moderne. Il est superflu de dire que cette terminologie est étrangère au droit romain ; la distinction elle-même nous paraît ne pouvoir y être appliquée qu'avec beaucoup de précaution et pour exprimer des idées qui pourraient être aussi commodément exposées en dehors d'elle. V. Duquesne, *N. R. H.*, 37, 1913, pp. 125-134.

2. Le mot *obligatio*, qui désigne indifféremment le rapport de droit pris dans son ensemble, ou considéré du côté actif (*D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 3, *pr.* : n. 3), ou considéré du côté passif (*Inst.*, 3, 13, *De obl.*, *pr.* : n. 3), est aussi employé pour désigner le fait générateur de l'obligation (*D.*, 50, 16, *De V. S.*, 19) et, dans la formule *pignoris obligatio*, *rei obligatio*, par opposition à *personae obligatio*, pour désigner le droit réel de gage ou d'hypothèque.

3. *Inst.*, 3, 13, *De obl.*, *pr.* : *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.* Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 3, *pr.* : *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.* V. pour le sens des trois termes de cette seconde formule, la p. 452, n. 1.

se trouve dans d'autres textes[1], mais dont il ne faudrait pas exagérer le caractère indispensable, le droit à un acte ou à une abstention présentant un intérêt pécuniaire et sanctionné par une action.

Nous avons déjà relevé (p. 258 et ss.) les différences fondamentales qui séparent, notamment en matière de droit de suite et de droit de préférence, les droits personnels existant au profit d'une personne à l'encontre d'une autre, des droits réels, existant au profit d'une personne sur une chose. Ce sont là des caractères communs à toutes les obligations. Mais les obligations présentent néanmoins entre elles de grandes diversités. On les distingue : 1° au point de vue de l'autorité qui les sanctionne, en obligations civiles, sanctionnées par le droit civil, et en obligations honoraires ou prétoriennes, sanctionnées seulement par les édits des magistrats, principalement par l'édit du préteur ; 2° au point de vue de leur fait générateur, en obligations nées de contrats, ou de délits, ou d'autres sources encore ; 3° au point de vue de leur objet, en obligations certaines ou incertaines ; 4° au point de vue de leur efficacité, en obligations civiles, munies d'action, comme sont les véritables obligations, et en obligations naturelles, dénuées d'action en exécution, mais produisant cependant certains effets juridiques, même forcés, ainsi d'ordinaire l'exclusion de l'action en répétition de l'indû. Il suffit de signaler ici ces divisions que nous retrouverons et nous pouvons aborder immédiatement l'étude du droit des obligations. Nous chercherons, dans cette étude, quelles sont les sources des obligations ; quels en sont les effets ; comment elles s'éteignent ; comment elles peuvent se transférer ; puis nous terminerons en indiquant comment les règles ordinaires se trouvent modifiées par les complications résultant de la pluralité de créanciers ou de débiteurs et par l'adjonction de sûretés réelles.

1. V. par exemple, Ulpien, *D.*, 40, 7, *De statulib.*, 9, 2 : *Ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt.*

TITRE I

SOURCES DES OBLIGATIONS

Les deux principales sources des obligations sont les contrats (*contractus*) et les délits (*delicta*, *maleficia*)[1].

Les délits sont des faits illicites commis par une personne à l'encontre d'une autre. Ils font naître à la charge de leur auteur et au profit de leur victime l'obligation de payer une amende. Les obligations en résultant, qui ne sont qu'une dégradation du droit de vengeance privée, font à peine partie du patrimoine. Elles ne se transmettent pas passivement avec lui aux héritiers de l'auteur du délit, et en revanche elles ne disparaissent pas avec la mort civile, la *capitis deminutio*, qui fait disparaître les autres dettes, attributs de la personnalité civile. Les vraies obligations patrimoniales, qui se transmettent activement et passivement avec le patrimoine aux héritiers du créancier et du débiteur et qui s'éteignent d'après le droit civil par la *capitis deminutio* du débiteur, sont les obligations nées de contrats, c'est-à-dire d'accords de volontés légalement conclus entre les parties. Peut-être sont-elles moins anciennes que les obligations délictuelles et y a-t-il eu une période de l'histoire du droit où la conscience juridique, arrivée à la distinction des droits réels et des droits personnels, ne reconnaissait d'autres obligations que celles nées de délits. Mais, sans entrer dans les raffinements de doctrine, on peut dire que le droit romain le plus ancien connaissait déjà les deux catégories d'obligations. En revanche, les plus vieux jurisconsultes paraissent s'en être tenus à cette classification en obligations résultant de faits licites qui étaient les contrats et en obligations nées de faits illicites qui étaient les délits.

Pourtant ces jurisconsultes devaient rencontrer déjà, et on rencontra de plus en plus, à mesure que le droit se compliqua, des obligations qui, sans naître de faits licites, ne naissaient pas de délits et surtout des obligations qui, sans naître de faits illicites, ne naissaient pas de contrats, naissaient sans accord de volontés. Les jurisconsultes de la bonne époque se contentaient en général de mettre pêle-mêle, dans une même catégorie un peu vague, ces obligations qui ne naissaient ni de

1. Gaius, 3, 88 : *Obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur ; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

contrats ni de délits en disant simplement qu'elles naissaient de modes divers (*variae causarum figurae*) [1]. Gaius est, à notre connaissance, le seul à avoir proposé une autre division, devenue beaucoup plus célèbre parce qu'elle a passé dans les Institutes de Justinien : celle qui met à côté des obligations contractuelles les obligations quasi-contractuelles (*obligationes quae quasi ex contractu nascuntur*, où le débiteur *quasi ex contractu tenetur*) et à côté des obligations délictuelles les obligations quasi-délictuelles (*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*, où le débiteur *quasi ex delicto tenetur*) [2]. Cette division, plus compliquée, es théoriquement critiquable et n'a même pas le mérite d'englober aisément l'ensemble des obligations [3]. Nous nous en tiendrons donc à la division du droit classique, en étudiant d'abord les obligations qui naissent des délits, puis celles qui naissent des contrats, ou plus largement des conventions rendues obligatoires, puis celles qui naissent d'autres sources.

CHAPITRE I. — DÉLITS.

SECTION I. — Délits privés. Histoire. Sanction.

I. Délits publics. Délits privés. — Les délits (*delicta*, *maleficia*), desquels naissent des obligations, sont les délits privés (*delicta privata*) [4], par opposition aux délits publics (*delicta publica*).

Les délits publics et les délits privés sont, les uns et les autres, des actes illicites frappés d'une peine. Mais les délits publics sont des actes illicites considérés comme lésant l'intérêt général ; les peines corporelles ou pécuniaires qu'ils entraînent ne profitent pas en principe à

1. Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 1, *pr.* : *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.*

2. Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 5. *Inst.*, 3, 13, *De obl.*, 2 ; 3, 27, *De obligationibus quasi ex contractu* ; 4, 5, *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*.

3. Cette division a : 1° le tort de ne pas être assez compréhensive : il y a des obligations qui n'y rentreraient que malaisément et qu'on ne paraît jamais avoir pensé à y faire entrer : celle de doter, celle d'exhiber, etc., par exemple ; 2° celui d'être, en une de ses formes, exprimée dans un langage très faux ; on peut dire, comme fait parfois Gaius, que le débiteur est tenu (*tenetur*) *quasi ex contractu* : il est obligé de la même façon qu'en vertu d'un contrat ; mais il est très faux de dire, comme Gaius fait ailleurs et comme fait Justinien après lui, que l'obligation naît (*nascitur*) *quasi ex contractu*, de parler avec le Code civil de quasi-contrat : le caractère du contrat est l'accord de volontés, celui du prétendu quasi-contrat son absence ; il n'y a donc rien qui se ressemble moins que leurs manières de naître.

4. *D.*, 47, 1, *De privatis delictis*. V. sur la terminologie et sur la notion romaine des délits publics et privés, A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 11-18. Cf. Mommsen, *Droit pénal*, 1, pp. 6-12.

leurs victimes ; enfin le châtiment en est poursuivi par une procédure spéciale, la procédure criminelle, devant des tribunaux spéciaux, les tribunaux répressifs [1]. Au contraire, pour les délits privés, qui seuls rentrent dans notre cadre, on ne considère que l'intérêt privé qui a été lésé ; la peine, qui était anciennement parfois une peine corporelle, qui plus tard consiste toujours en une somme d'argent, en une amende, est exclusivement due à la victime, et c'est par une action privée que la victime poursuivra le recouvrement de cette amende, comme de toute autre créance, devant les tribunaux civils de droit commun.

Les obligations nées de délits privés présentent, en droit classique, certains caractères communs qu'il serait facile de grouper dans une vue générale. Ainsi, quant à leur objet, depuis la disparition des peines privées corporelles, toutes les créances nées de délits ont pour objet une somme d'argent. Quant au fait qui y donne naissance, au fait constitutif du délit, c'est toujours, d'une part, un fait positif et non pas une simple abstention, une faute de commission et non une faute d'omission et, d'autre part, c'est toujours un fait défendu par une disposition expresse du droit positif (*nulla poena sine lege*) [2]. Quant à leurs modes d'extinction, elles s'éteignent toujours par la mort naturelle du coupable et jamais par sa *capitis deminutio*, par sa mort civile. Enfin, quant à

1. *D.*, 48, 1, *De publicis judiciis* ; 48, 2 et ss. L'ouvrage le meilleur et le plus complet sur le droit criminel et la procédure criminelle de Rome est aujourd'hui le *Droit pénal romain* de Mommsen (*Römisches Strafrecht*, 1899, Manuel de Binding, 1, 4, trad. fr. par Duquesne, 3 vol., 1907) qui, comme le droit pénal romain lui-même, embrasse à la fois le système des délits publics et celui des délits privés. V. les comptes rendus de Ferrini, *Archivio*, 1900, pp. 377-379 ; Hitzig, *Schweizerische Zeitschrift f. Strafrecht*, 13, 1900, pp. 182-229 ; Strachan-Davidson, *English historical Rewiew*, 1901, pp. 219-291 ; Esmein, *N. R. H.*, 1901, pp. 345-353. Les livres de Rein, *Criminalrecht der Römern von Romulus bis auf Justinian*, 1844, et de Geib, *Geschichte des römischen Criminalprozess*, 1842, auxquels on était auparavant à peu près réduit, sont anciens et vieillis. Les ouvrages diffus et peu sûrs de Zumpt, *Criminalrecht der römisch. Republik*, 2 tomes en 4 vol., 1865-1869 ; *Criminalprozess der römisch. Republik*, 1871, ne se rapportent qu'à la République. Des indications précieuses et abondantes se trouvent éparses déjà dans le *Droit public* de Mommsen. On pourra encore consulter, outre Schulin, *Lehrbuch*, pp. 130 et ss., 513 et ss., 560 et ss. 583 et ss. et les articles très sommaires de Maynz, *N. R. H.*, 1881, pp. 557-591 ; 1882, p. 1-34 : pour les origines, Hitzig dans le recueil *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker*, 1905, pp. 31-51 ; pour les six premiers siècles, Girard, *Organisation judiciaire*, 1, pp. 26-38. 104-126. 252-264 ; pour la procédure criminelle de la République, Greenidge, *Legal Procedure of Cicero's time*, 1901, pp. 297-526, pour le droit pénal, C. Ferrini, *Diritto penale romano, teorie generali*, 1899, et *Diritto penale romano, esposizione storica e dottrinale*, 1902, et sur des questions diverses, Strachan-Davidson, *Problems of the roman criminal law*, 2 vol., 1912.

2. Cette règle, qui n'est pas dans les textes, nous paraît vraie pour les délits privés, à condition bien entendu de prendre le droit positif au sens large où il comprend l'édit des magistrats. Elle l'est beaucoup moins pour les délits publics, où, à côté des peines fixées par la loi, il y a toujours eu des peines arbitraires prononcées par les magistrats par voie de police, soit dans les *multae* des magistrats de la République, soit dans les peines prononcées sous l'Empire en matière de *crimina extraordinaria*. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 14-18.

la personne obligée par le délit, elle doit, même dans le droit le plus récent, appartenir à un autre *domus* que la victime : en revanche, elle peut, quant à la capacité de droit, être non seulement une personne *sui juris* ou *in patria potestate*, mais même un esclave, et, si ce ne peut être, aux temps historiques, un fou ou un enfant, ce peut parfaitement être, sous le rapport de la capacité de fait, une personne incapable de s'obliger par contrat, ainsi un impubère *pubertati proximus*, un prodigue, ou une personne du sexe féminin (p. 205, n. 1).

II. Origines historiques du système des délits privés. — Il serait aisé de multiplier les indications de pareils traits communs. Mais les délits privés soulèvent en outre une question d'ensemble qui est de tout autre importance et qu'il est indispensable de trancher avant d'aborder leur examen individuel. C'est la question du fondement général du système, de la raison d'être de la créance spéciale, régie par des règles propres, ainsi reconnue à la victime du délit contre son auteur.

A cette question, il existe, à notre sens, une réponse et il n'en existe qu'une. Le fondement du système est historique. Le système des délits privés romains, de même que les institutions parallèles de beaucoup d'autres peuples [1], s'explique uniquement comme une étape de l'histoire du droit pénal, d'une évolution qu'ont accomplie normalement tous les peuples arrivés à la notion moderne de délits publics punis par l'État et qu'on peut commodément ramener à quatre phases : la phase de la vengeance privée, celle des compositions volontaires, celle des compositions légales et celle de la répression par l'Etat.

L'origine du droit pénal en général, et spécialement du droit pour le particulier lésé d'obtenir une amende de l'auteur de la lésion qui est le trait essentiel du système des délits privés, procède d'une conception commune à tous les hommes primitifs, qu'on retrouve, postérieurement

1. On trouvera des détails et des renvois sur cette histoire parallèle des autres législations dans nos deux études relatives au *Shakespeare* de M. Kohler *N. R. H.*, 1886, pp. 230-235 (*Mélanges*, 1, 439-445), et au fondement des actions noxales, *N. R. H.*, 1888, pp. 36-58. V. en général le livre de Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 1884, avec les compléments *Nachwort zu Shakespeare*, 1884 ; *Zur Lehre von der Blutrache*, 1886 ; puis Post, *Grundriss*, 2, pp. 210-263 ; Dareste, *Etudes* et *Nouvelles études d'histoire du droit*, et les réponses à un questionnaire établi par Mommsen, données pour les droits : grec par MM. Freudenthal et de Willamowitz-Moellendorff, germanique par MM. Brunner et Roethe, hindou par M. Oldenberg, arabe par M. Noeldecke, arabo-israélite par M. Welhausen et islamique par M. Goldziher et publiées en 1905 sous le titre collectif, *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker*. Ajouter pour le droit celtique, d'Arbois de Jubainville, *Etudes sur le droit celtique*, 1, 1895, p. 79 et ss. ; pour le droit grec, G. Glotz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, 1904 ; pour celui des populations iraniennes du Caucase, Kovalewski, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, 1893, p. 237 et ss. ; pour le droit germanique, Brunner, *Deutsche Rechtsgesch.*, 1, §§ 21-23 ; pour le droit scandinave, K. von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, 1, 1882, §§ 54-58. 92-93 ; 2, 1895, §§ 43-47. 86-87 : pour le droit babylonien, Dareste, *N. R. H.*, 1903, pp. 25-27. Kohler et Peiser, *Hammurabi's Gezetze*, 1, 1904, pp. 126-131.

à l'époque romaine, chez les barbares et qui existe encore de nos jours non seulement chez les populations sauvages, mais chez des populations étroitement parentes des peuples civilisés parmi lesquelles des circonstances quelconques ont produit un arrêt de développement ou un recul. Elle procède de la conception essentiellement primitive, selon laquelle la victime d'un tort a le droit d'en tirer vengeance en causant à l'auteur de ce tort un autre tort, a le droit de se venger. C'est la vengeance privée, la forme la plus imparfaite et la plus ancienne de répression de l'injustice, devenue en réalité une institution juridique du jour où la conscience publique eut commencé à déterminer les circonstances dans lesquelles elle pouvait légitimement intervenir sans justifier à son tour une vengeance.

Mais la victime du tort, qui a le droit de s'en venger, peut renoncer à sa vengeance. Elle peut pardonner. Elle peut en particulier pardonner moyennant une rançon librement débattue. Et alors on est à la deuxième phase, postérieure à la première encore plus rationnellement que chronologiquement, à la phase des compositions volontaires, pratiquées encore aujourd'hui par les populations chez lesquelles le droit de vengeance n'a pas disparu, pratiquées longtemps chez les Germains [1], mentionnées aussi dans les monuments du vieux droit romain où cette transaction s'appelle en matière de vol *damnum pro fure decidere*, où la loi des XII Tables règle pour l'injure par rupture d'un membre, le châtiment du coupable, la vengeance de la victime à moins qu'il n'y ait arrangement amiable (*ni cum eo pacit*). La composition remplace la vengeance, quand les parties le veulent, si les parties le veulent, sans que l'offenseur confiant dans sa force en soit légalement débiteur, sans que l'offensé qui préfère se venger soit contraint de s'en contenter.

Les compositions sont alors purement volontaires, laissées au libre accord de l'offenseur et de l'offensé ; mais elles ne le sont pas toujours restées. A mesure que les groupes politiques, États, cités, tribus, se sont consolidés, ils se sont occupés d'assurer la tranquillité publique en rendant les compositions légales, en les fixant pour chaque délit à une certaine somme dont la victime est forcée de se contenter et que le coupable est obligé de lui payer. C'est une troisième phase, que nous montrent par exemple, chez les barbares, les tarifs de compositions contenus dans la loi salique, dans la loi des Ripuaires [2], que nous présente chez les Romains le système des délits privés, par laquelle ont régulièrement passé les législations qui l'ont aujourd'hui dépassée, mais à laquelle on n'est pas arrivé partout en même temps, à laquelle dans chaque pays on n'est pas arrivé du même coup pour tous les délits. Ainsi par exemple

1. Cf., par ex., Esmein, *Cours élémentaire*, p. 49.
2. Esmein, *op. cit.*, p. 98 et ss. Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 390 et ss.

chez les Romains, la loi des XII Tables nous fait voir la transition en train de s'opérer pour le vol et l'injure (p. 409 ; p. 414) : la composition est encore volontaire pour le vol flagrant (*furtum manifestum*) et déjà légale pour le vol non flagrant (*furtum nec manifestum*) ; elle est déjà légale pour l'injure par coups et blessures ordinaires et encore volontaire pour celle par rupture d'un membre.

Enfin le dernier pas consiste à considérer l'État comme intéressé non seulement à la répression des infractions dirigées contre lui, trahison, complot, etc., mais à celles des infractions dirigées contre les particuliers, meurtre, vol, injure, etc. Où il est assez fort, l'Etat supprime la composition comme il a supprimé la vengeance ; il procède lui-même à la répression, il érige les délits privés en délits publics. C'est ce que font les États modernes. L'État romain le faisait dès son époque la plus ancienne pour certains crimes contre les personnes. Ainsi pour le meurtre [1], qui, en droit barbare, donne encore lieu à composition légale. Il l'a fait de plus en plus, verrons-nous, au cours de son développement, au moins en un certain sens, pour une partie des délits qu'il avait d'abord considérés exclusivement comme des délits privés et à raison desquels il a fini par admettre des poursuites publiques.

Tel est le système qui nous paraît certain sur l'origine du droit pénal tout entier et en particulier sur l'origine de la théorie des délits romains. A nous en tenir à ces derniers, nous remarquerons qu'il explique et qu'il explique seul à la fois leurs règles d'ensemble et de détail, qui en dehors de là n'apparaissent que comme un amas de singularités arbitraires et déraisonnables. — Ainsi l'exclusion de la créance entre personnes de la même *domus* : entre membres de la même famille, il n'y a pas lieu à vengeance ; il n'y a place que pour le droit de punir du chef de famille [2]. — Ainsi le droit exclusif de la victime à l'amende : l'amende remplace le droit de vengeance qui n'appartenait qu'à l'offensé. — Ainsi, pour la même raison, l'extinction de cette créance au moins dans certains délits du plus ancien droit [3], par la mort de l'offensé. —

1. C'est un point qu'on peut considérer comme incontesté, en dépit des dissentiments qui subsistent toujours sur l'interprétation de la prétendue loi de Numa rapportée par Festus (*Textes*, Numa, 12, p. 8) : *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto* ; voir, sur ses interprétations diverses. Girard, *Organisation judiciaire*, 1, p. 32, n. 1. Ajouter d'Arbois de Jubainville, *N. R. H.*, 1901, pp. 406-409. Hitzig, *Zum ältesten Strafrecht*, p. 37.

2. Cf. Ulpien, *D.*, 47, 2, *De furtis*, 17, *pr.* : *Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur : neque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare*. L'argumentation est la même pour les délits commis contre un membre de la famille autre que son chef.

3. Il n'en est plus ainsi, dans le droit du temps de l'Empire, que de certaines actions que les commentateurs appellent à cause de cela les actions *vindictam spirantes* et qui comprennent notamment (v. une énumération plus complète dans Windscheid, 2, § 359, n. 6) l'*actio injuriarum* (p. 409, n. 1), l'*actio de calumnia*, donnée au quadruple pendant une année utile contre celui qui a été payé

Ainsi son extinction par la mort de l'auteur du délit [1] : dans la notion du droit romain, plus avancé sous ce rapport que beaucoup d'autres législations, la vengeance est individuelle, s'exerce contre un individu et non contre le groupe auquel il appartient ; le droit à la rançon disparaît avec la personne sur laquelle seule la vengeance était possible. — Ainsi, à l'inverse, la survivance de la créance à la *capitis deminutio* ou à l'affranchissement du coupable [2] : la *capitis deminutio*, mort civile, qui éteint les dettes nées de contrats, attributs de la personnalité civile, n'empêche pas la personne physique d'être toujours la même, la vengeance d'être toujours possible, la rançon d'être toujours due ; l'affranchissement, qui crée la personnalité civile, ne détruit pas la personnalité physique. — Ainsi l'extinction de la créance, au moins dans les cas les plus anciens et les mieux connus, par un simple pacte [3], et dans de nombreux délits, par un bref laps de temps [4] : le pardon n'a pas de formes ; celui qui diffère trop longtemps sa vengeance est réputé pardonner. — Ainsi, au cas de pluralité d'auteurs du délit, le cumul des amendes : le droit de vengeance existait contre chaque auteur, chacun en doit la rançon. — Ainsi la disproportion existant dans certains cas entre le taux de l'amende et la criminalité de l'agent (amende du vol fixée au quadruple ou au double, selon qu'il est flagrant ou non), l'ad-

pour faire ou ne pas faire un procès (*D.*, 3, 6, *De calumn.*, 4) et l'action en paiement d'une amende donnée par l'édit contre celui qui a cité son patron en justice sans l'autorisation du magistrat (*D.*, 2, 4, *De in jus voc.*, 24). Mais cette règle a sans doute eu dans l'ancien droit une application plus large. La preuve en est non seulement dans le langage singulier d'Ulpien disant pour justifier la transmissibilité active, *D.*, 47, 1, *De delict. priv.*, 1, 1, qu'*exsecutio quorumdam delictorum heredibus data est*, mais dans le témoignage très important de Cicéron, *Ad fam.*, 7, 21, selon lequel la transmissibilité de l'action *furti* aux héritiers avait été niée par certains auteurs, probablement par M'. Manilius, Sex. Aelius et M. Junius. Cf. Bekker, *Aktionen des römisch. Privatrechts*, 1, 1871, p. 174.

1. Gaius, 4, 112 : *Est certissima juris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae*. Sur une atténuation apportée à la règle au début de l'Empire, v. p. 407, n. 3.

2. *D.*, 4, 5, *De cap. min.*, 2, 3 : *Nemo delictis exuitur quamvis capite minutus sit*. *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 14 : *Servi ex delictis obligantur et si manumittantur obligati remanent*.

3. *D.*, 2, 14, *De pact.*, 17, 1 : *Quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur : ut injuriarum, item furti*. Il est possible que cette règle ait été abandonnée pour des délits plus récents. Mais cela nous semble douteux. L'action de la loi Aquilia paraît faire exception, d'après Paul, *Sent.*, 1, 19, 2 : *Ex his causis quae infitiatione duplantur pacto decidi non potest*. Mais alors c'est en vertu d'une règle propre tenant à la procédure selon laquelle elle s'intentait (v. sur cette règle Bekker, *Aktionen*, 1, p. 170, p. 352 et ss. ; de Buelow, *Archiv*, 83, 1894, p. 198 et ss.). Encore faut-il remarquer que Cicéron parle, sans aucune réserve, de *damnum decidere*, donc de pacte, en notre matière, *Pro Q. Roscio*, 11, 32. 12, 36.

4. Les actions pénales prétoriennes sont annales, sauf exception : Gaius, 4, 110. 111, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 35. C'est sans doute par la même idée que s'explique l'annalité de l'action d'injures (prétorienne) signalée *C.*, 9, 35, *De inj.*, 5. Au contraire, l'action *furti manifesti*, quoique prétorienne, est perpétuelle : Gaius, 4, 111.

mission de l'amende dans quelques autres cas où il n'y a pas de criminalité de l'agent (dommages causés par les animaux, anciennement délits des impubères)[1] : l'amende remplace la vengeance, est destinée à apaiser le ressentiment de la victime : il a fallu la proportionner à ce ressentiment, l'élever à un taux plus élevé au cas de vol flagrant, où le volé découvre à la fois le vol et le voleur, qu'au cas de vol non flagrant, où il trouve le voleur quand son mécontentement du vol a déjà été un peu atténué par le temps ; il a fallu permettre d'en réclamer une dans des cas où le ressentiment existait, quoiqu'il n'y eût pas eu d'intention mauvaise chez l'auteur de l'acte, où, a-t-on dit, il y avait injustice objective, quoiqu'il n'y eût pas d'injustice subjective, où, peut-on dire plus exactement, on voyait une injustice subjective par là même qu'on subissait une injustice objective. — Ainsi enfin le système des actions noxales, données au cas de torts des animaux ou des personnes en puissance, pour demander, non pas à celui qui avait la puissance ou la propriété au moment du délit, mais à celui qui l'a au moment de la poursuite, l'abandon de l'auteur du mal ou le paiement de l'amende[2] : on le met dans l'alternative ou de laisser la vengeance s'exercer suivant l'ancien régime ou de payer la composition légale suivant le nouveau. — Toutes ces particularités sont aussi inexplicables pour celui qui ne les ramène pas à une idée d'ensemble qu'elles sont aisément compréhensibles quand on sait que l'amende née du délit n'est qu'une composition légale mise par l'autorité publique à la place du droit de vengeance.

1. V. pour les délits des impubères, p. 205, n. 1. Quant à ceux des animaux, la loi des XII Tables établit, à raison des dommages causés par les animaux, l'action *de pauperie* qui est donnée contre les maîtres des quadrupèdes comme noxale de la même façon que les actions nées des délits des esclaves sont données contre les maîtres de ces esclaves (*Inst.*, 4, 9 ; *D.*, 9, 1, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur*) et l'action *de pastu*, pour laquelle il en est, croyons-nous, de même (Paul, *Sent.*, 1, 15, 1. *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 14, 3 ; cf. *N. R. H.*, 1887, p. 412, n. 3. Lenel, *Edictum*, § 76. Rien ne permet, à notre sens, de rapporter à l'ancienne action *de pastu* des XII Tables le système de répression visiblement moderne appliqué en Afrique par un rescrit impérial dans l'inscription *Année épigraphique*, 1903, n° 202, opposée en sens contraire par M. Cuq, *Institutions*, 1, p. 90, n. 9). Il est piquant de relever les efforts infructueux faits par les jurisconsultes de la fin de la République pour accommoder ces vieilles actions à la notion moderne de l'imputabilité, en décidant que le dommage doit avoir été causé par l'animal *contra naturam* (*Inst.*, *h. t.*, *pr.* ; cf. *N. R. H.*, 1887, p. 412, n. 1) et en appliquant aux batailles des animaux le principe de la légitime défense (Q. Mucius Scaevola, cité par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 11 ; cf. *N. R. H.*, 1888, p. 36, n. 2). — On trouve aussi un vestige très frappant des anciennes idées dans la disposition de la prétendue loi de Numa (*Textes*, Numa, 13, p. 8 ; cf. XII Tables, 8, 24 a), selon laquelle l'auteur d'un meurtre involontaire doit livrer en expiation un bélier aux parents de la victime, disposition du droit sacerdotal, plus conservateur que le droit séculier, qui ne nous rappelle pas seulement la période où il y avait des délits sans intention, mais l'époque, antérieure à la fondation de Rome, où le meurtre fondait une créance de composition au lieu d'être un délit public. V. sur tout cela de Ihering, *Faute en droit privé*, tr. fr., 1880, p. 12 et ss.

2. Nous retrouvons plus loin la théorie des actions noxales.

III. La *poena*. Actions pénales, réipersécutoires et mixtes [1]. — Cette amende, cette *poena* [2], était réclamée par une action qui, ayant toujours le même fondement, était sans doute aussi, à l'origine, toujours considérée comme ayant le même caractère, le même caractère pénal. Elle devait être regardée comme pénale, par cela même qu'elle tendait à la peine d'un délit, quel qu'en fût l'objet, que ce fût une somme d'argent déterminée d'avance ou à évaluer d'après certaines règles, que ce fût un multiple du préjudice causé ou simplement le montant de ce préjudice [3]. Mais cette notion simple a été, dans le cours des temps, compliquée par l'intervention d'une considération nouvelle.

La doctrine romaine a certainement remarqué que l'amende née du délit n'a pas partout le même caractère par rapport à la victime : qu'il existe des cas où elle est tout profit pour la victime qui n'a pas subi de préjudice (*actio injuriarum*), ou qui a d'autres voies de droit pour réparer ce préjudice (*actio furti*) ; qu'il en existe où, en même temps qu'elle procure un profit à la victime, elle sert à l'indemniser (action de la loi Aquilia) ; qu'il en existe enfin où elle ne fait que combler la brèche causée par le délit dans son patrimoine, comme font les actions par lesquelles on réclame son dû en vertu d'un contrat (action de dol).

Et, en face de la manière dont Gaius et Justinien divisent les actions en actions réipersécutoires (*rei persecutionem continentes, quibus rem tantum consequimur*), en actions mixtes à la fois pénales et réipersécutoires (*actiones mixtae, quibus rem et poenam persequimur*) et en actions pénales au sens étroit [4], les interprètes modernes ont pensé, avec une apparence de logique, qu'il devait y avoir un intérêt très net à appliquer cette division aux actions pénales au sens large, à distinguer entre elles les actions purement pénales (actions pénales bilatérales des commentateurs), puis les actions mixtes et enfin les actions en simple indemnité (actions pénales *a parte rei*, pénales unilatérales des commentateurs) [5].

Mais cette distinction du droit récent, dont le terme intermédiaire n'est indiqué que par Gaius et Justinien, n'est pas seulement toujours restée

1. Cf. A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, 1867, pp. 116-131 ; Wlassak, dans Pauly-Wissowa, 1, pp. 316-318.

2. Le terme *poena*, ποινή, signifie étymologiquement composition, rançon (v. de Ihering, *Esp. du Dr. r.*, 1, p. 134, n. 53 ; cf. Fustel de Coulanges, *L'invasion germanique*, 1891, p. 281, n. 1). Du reste le mot latin est un emprunt au Grec (Henry, *Grammaire comparée du Grec et du Latin*, 3e édit., 1890, p. 405 ; Mommsen, *Dr. pénal*, 1, p. 13, n. 2 ; cf. Schulin, *Lehrbuch*, p. 131, n. 7).

3. C'est ainsi par exemple qu'Ulpien, *D.*, 2, 10, *De eo per quem*, 1, 4, désigne du nom de *poena* l'objet d'une action dont le montant est égal à celui du préjudice (*D.*, *h. t.*, 3, *pr.*), que Gaius, 4, 112, copié par Justinien, *Inst.*, 4, 12, *De perp. et temp. act.*, 1, cite pêle-mêle comme *ex maleficiis poenales actiones* les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, *damni injuriae*, les unes *mere poenales* et les autres *mixtae* dans la classification indiquée plus bas.

4. Gaius, 4, 6-9. Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 16-19.

5. Il suffira de renvoyer à l'exposition classique de Savigny, *Traité*, 4, pp. 40-66.

vacillante [1]. Les conséquences pratiques en sont très malaisées à tirer. Tout au plus peut-on dire qu'il y a, dans le droit le plus récent, une matière dont les règles s'accommodent passablement à ces trois termes, celle du concours des actions nées du même fait où généralement, sous Justinien, les actions pénales peuvent se cumuler entre elles et avec les actions réipersécutoires et mixtes, les actions réipersécutoires ne se cumulent ni entre elles, ni avec les actions mixtes et les actions mixtes peuvent être intentées après les actions réipersécutoires pour l'excédent qu'elles produisent [2]. Une autre règle introduite au début de l'Empire, celle d'après laquelle les héritiers de l'auteur du délit peuvent être poursuivis jusqu'à concurrence de leur enrichissement [3], a été établie sans en tenir aucun compte [4]. Et d'une manière générale l'idée dont elle procède n'a

1. Ainsi l'action *bonorum vi raptorum* est pénale dans l'opinion indiquée par Gaius et mixte sous Justinien (p. 425, n. 1 et 2). Ainsi encore le caractère mixte de l'action *metus* n'a peut-être pas non plus été admis en droit classique et l'est sous Justinien (p. 429, n. 2). Ainsi celui de l'action de la loi Aquilia n'est pas entendu de la même façon par Gaius et Justinien (p. 422, n. 1).

2. V. encore, pour le régime du temps de Justinien, Savigny, *Traité*, 5, pp. 220-283. Cf. sur les interpolations nombreuses des textes notamment en ce qui concerne le droit d'agir pour l'excédent, le travail d'Eisele, *Archiv*, 79, 1892, pp. 327-405. V. aussi le même travail sur les divergences des solutions relatives au cumul des actions délictuelles distinctes liées au même fait et notamment sur la loi célèbre de Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 34, *pr*. Cf. encore sur le tout Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 985-994.

3. Pomponius, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 38. Cf. P. de Francisci, *Studi sopra le azioni penali e la loro intransmissibilità*, 1912. Cette règle nous paraît avoir été posée expressément dans l'édit prétorien par Cassius, le grand jurisconsulte sabinien, qui a été consul en l'an 30 ap. J.-C. et dont la préture se place donc au plus tard en l'an 27 (cf. Girard, *Mélanges*, p. 85, n. 1, *in fine*) : Venuleius, *D.*, 42, 8, *Quae in fraud. cred.*, 11 : *Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem pervenit* ; cf. Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 35, *pr*. (v. en deux sens distincts Lenel, *Edit*, 2, p. 246, n. 4 et *Edictum*, 2e éd., p. 480, n. 1). M. Pernice, qui considère d'ailleurs l'introduction de dispositions nouvelles dans l'édit par Cassius, comme peu vraisemblable, *Labeo*, 2, 1, p. 199, n. 7, p. 201, n. 3, la fait remonter à Sabinus, *D.*, 4, 3, *De d. m.*, 29. Il est du reste fort possible que la règle n'ait pas eu tout de suite la généralité d'étendue que lui donnent les compilations de Justinien et M. de Francisci a relevé des textes où elle semble bien avoir pénétré par voie d'interpolation. La notion de l'action est elle-même controversée. Selon M. Pernice, *Sachbeschädigungen*, p. 127 et ss., *Labeo*, 2, 1, p. 201, n. 2, ce serait une simple *condictio ob injustam causam* ; suivant M. de Francisci, ce serait tantôt une *condictio*, tantôt, comme aux cas de dol et de *metus*, une autre action qui dit-il, n'est pas pénale, et qui, je pense, est d'après lui *in factum* ; suivant M. Bekker, *Aktionen*, 1, p. 175, n. 2, p. 176, c'est tantôt un remaniement de l'action primitive, tantôt une action *in factum*. C'est la doctrine qui nous paraît la meilleure. V. par exemple, outre *D.*, 3,6, *De calumn.*, 5, *pr.*, et *D.*, 4,2, *Q. m. c.*, 16,2, que M. de Francisci écarte comme interpolés, les mots *haec actio* de *D.*, 4, 3, *De d. m.*, 17, 1.

4. Si l'on admettait avec M. Pernice que l'action soit une *condictio* indépendante, la question ne se poserait même pas ; mais, en admettant même que l'action donnée contre l'héritier soit l'action pénale ou mixte qui existait contre son auteur, elle est donnée de la même façon dans les deux cas et de plus elle ne le sera pas, comme le voudrait l'idée de l'élément réipersécutoire, pour l'appauvrissement de la victime ni même pour l'enrichissement du coupable, mais simplement pour l'enrichissement de l'héritier.

été invoquée çà et là par les jurisconsultes que comme prétexte pour soustraire certaines actions à telle ou telle des conséquences commandées par l'idée de délit [1]. Ce n'est pas d'elle, c'est de l'idée large de l'action considérée comme pénale toutes les fois qu'elle tend à l'amende d'un délit, qu'il faut partir pour concevoir les règles maîtresses des délits privés.

SECTION II. — **Principaux délits privés.**

Les délits privés frappés d'une amende au profit de leur victime par le droit civil ou par l'édit sont innombrables. Nous étudierons seulement ici ceux qui nous paraissent les plus importants : d'abord le délit d'injure, qui est, dans la notion romaine, un délit contre la personne, exclusivement générateur d'une action pénale au sens strict ; puis, parmi les délits contre les biens, le vol (*furtum*), le dommage injustement causé (*damnum injuria datum*), le vol et le dommage avec violence, la *metus*, le dol et la *fraus creditorum*.

I. Injure (*injuria*) [2]. — Le délit d'injure [3], qui est déjà réprimé par les XII Tables, a toujours gardé ce caractère d'être un délit contre la personne, considéré comme ne causant pas de préjudice pécuniaire, ne faisant donc naître qu'une action pénale chez laquelle les caractères primitifs de l'action pénale se sont même peut-être conservés avec une pureté particulière : non seulement elle est noxale au cas où l'auteur du délit est *alieni juris*, elle s'exerce cumulativement contre les auteurs du délit en cas de pluralité et elle ne passe pas contre les héritiers, mais c'est

1. Ainsi on invoque l'idée que l'action *habet* (*continet*) *rei persecutionem* pour justifier sa transmissibilité active (Ulpien, *D.*, 4, 2, *Q. m. c.*, 16, 2 ; *D.*, 4, 7, *De alien. jud. mut.*, 4, 6 ; *D.*, 42, 5, *De reb. auct.*, 11). Mais, sans parler de l'action *metus*, qui est pénale ou mixte (p. 428), le même résultat se produit intégralement pour de nombreuses actions mixtes (action de la loi Aquilia) ou purement pénales (action *furti*). Ainsi encore on paraît utiliser l'idée que l'action *rei persecutionem continet* pour admettre, en cas de pluralité d'auteurs du délit, que le paiement par l'un libérera les autres (*D.*, 4, 2, *Q. m. c.*, 14, 15 ; 4, 3, *De d. m.*, 17, *pr.*) ; mais on admet le cumul intégral dans d'autres actions dont le produit comprend également la réparation du préjudice, comme l'action de la loi Aquilia. Le caractère empirique de ces solutions se révèle à ce qu'il arrive au même jurisconsulte de traiter presque au même moment la même action de pénale ou de réipersécutoire selon la solution qu'il veut donner (v. par exemple Ulpien, *D.*, 42, 5, *De reb. auct.*, 9, 8 ; 11).

2. *Inst.*, 4, 4. *D.*, 47, 10, *De injuriis*. Cf. Huschke, *Gaius, Beiträge zur Kritik seiner Institutionen*, 1855, pp. 116-164 ; de Ihering, *Actio injuriarum*, tr. fr., 1888 ; Landsberg, *Injuria und Beleidigung*, 1886 ; A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 19-47 ; Mommsen, *Droit pénal*, 3, pp. 94-123 ; H. F. Hitzig, *Injuria, Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen und römischen Recht*, 1899 ; Huvelin, *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 371-499 ; Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte d. römisch. Injuriensystems*, 1903 ; Girard, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 255-282.

3. Le mot *injuria* désigne au sens large tout acte accompli sans droit (*omne quod non jure fit* : *Inst.*, *h. t.*, *pr.*). Mais il désigne par excellence, au sens étroit, notre délit, pour la dernière variété duquel il est déjà employé dans la loi des XII Tables (p. 410, n. 3).

une des rares actions qui s'éteignent par la mort de la victime du délit[1]. Pour le surplus, la détermination des cas où le délit est commis et son système de répression ont beaucoup varié. On peut distinguer le régime établi par les XII Tables, celui de l'édit du préteur, celui de la loi Cornelia *de injuriis* et celui du droit impérial.

1. *Loi des XII Tables*. La loi des XII Tables ne punissait comme injures que des faits limitativement énumérés [2], principalement, peut-être exclusivement [3], des atteintes à la personne physique : la rupture d'un membre (*membrum ruptum*) [4], la fracture d'un os (*os fractum*) et les injures ordinaires (*injuria*), constituées, croyons-nous, par les violences légères, soufflets, coups. Quant à la répression, elle marque une phase de transition déjà relevée : pour la rupture d'un membre, la victime a encore le droit de se venger, à moins qu'on ne s'accorde

1. V. pour la noxalité, Gaius, 4, 76 ; pour la pluralité des peines, au cas de pluralité d'auteurs, *D.*, *h. t.*, 34 ; pour l'intransmissibilité active et passive, Gaius, 4, 112 et p. 403, n. 3 ; pour son extinction par simple pacte, p. 404, n. 3 ; pour sa survivance à la *capitis deminutio*, p. 404, n. 2. Elle s'éteint aussi, sous l'Empire, par une année utile (p. 404, n. 4). Mais cette règle n'existe sans doute que depuis la substitution de l'action prétorienne à l'action civile.

2. XII Tables, 8, 1-4 (*Textes*, pp. 17-18). Il faut, pensons-nous aujourd'hui, écarter de la liste des injures des XII Tables les écrits diffamatoires qu'on a cru généralement jusqu'aux derniers temps, en partant de confusions déjà faites par les Anciens, y être visés par les mots *occentare* et peut-être *carmen famosum*, *carmen malum incantare*, et y être punis de la mort par le bâton (v. les renvois sur les XII Tables, 8, 1 et 25, dans nos *Textes*, et dans les *Fontes* de Bruns). On peut se demander si les citations se rapportent à deux dispositions ou à une seule et nous ne sommes même pas tout à fait sûr que la peine ne soit pas, contrairement à l'opinion la plus répandue, une peine privée. Mais il nous paraît établi qu'il ne s'agit pas là d'écrits diffamatoires, que l'on entende tous les témoignages de sortilèges, comme il faut certainement faire, à notre avis, de ceux sur le *carmen malum*, et comme l'ont soutenu d'une manière indépendante pour l'*occentatio*, MM. Huvelin, pp. 386-436 (v. déjà *Tablettes magiques*, 1901, pp. 24-25), et Maschke, pp. 11-28, ou que l'on voie dans l'*occentatio* avec M. Usener, *Rheinisches Museum*, 1901, pp. 1-28, une sorte de charivari populaire qui pourrait à la rigueur rentrer dans la nature de l'*injuria* et duquel aux *convicia* postérieurs s'expliqueraient mieux la confusion et peut-être la transition. Nous ne croyons pas, en revanche, qu'on puisse avec M. Huvelin, pp. 466-468, ramener à la notion de l'injure l'action *de arboribus succisis* des XII Tables (p. 439).

3. V. sur l'*occentatio*, la n. 2.

4. Suivant une idée émise dès 1820 par le criminaliste Rosshirt, *Gesch. u. Syst. d. deutsch. Strafrechts*, 1820, p. 232, reprise incidemment par Huschke, *Gaius*, p. 119, soutenue depuis par M. Guenther, *Verbrechen der Korperverletzung*, 1884, p. 26, et *Idee der Wiedervergeltung*, 1, 1889, pp. 123-124, et présentée sous une forme nouvelle par M. Huvelin, pp. 375-386, cette injure, plus grave que la fracture d'un os, serait la destruction d'un membre (en y comprenant les yeux, le nez, les oreilles) résultant de son amputation ou de son invalidité totale, d'après les premiers, de son amputation d'après M. Huvelin. Suivant M. Appleton, *Testament romain*, 1903, p. 23, n. 3. *Z. S. St.*, 24, 1905, p. 44, n. 1, ce serait toute blessure, moins grave ou plus grave que la fracture d'un os, n'entraînant pas fracture d'un os. Mais, outre que M. Appleton nous semble exagérer beaucoup la défectuosité pratique du premier système, il nous paraît impossible que la vengeance, exclue pour l'os fracturé, ait été maintenue pour des blessures moins graves.

pour une composition volontaire [1] ; mais dans les autres cas, la composition est légale : elle est, pour la fracture d'un os, de 300 as ou de 150, selon que la victime est libre ou esclave [2], et de 25 as pour les autres injures [3].

2. *Edit du préteur.* Le préteur remania à la fois la peine du délit et sa définition. Il conserva les anciens cas, mais il en visa d'autres dans des dispositions multiples [4] dont est sorti le développement doctrinal qui a ramené à la notion d'injure toutes les atteintes physiques ou morales à la personnalité. Quant à la répression, il généralisa la composition légale, mais, en outre, il la modifia : le taux invariable de la loi des XII Tables avait l'inconvénient de n'être pas proportionnel à la fortune des coupables, de pouvoir être illusoire en face des coupables riches, surtout depuis l'accroissement des fortunes et les réductions successives de la valeur de l'as [5] ; l'ancienne action civile d'injures fut remplacée par une action prétorienne *in bonum et aequum concepta*, dans laquelle le montant de la condamnation est évalué suivant le cas concret d'après des règles qui ne sont d'ailleurs pas toujours les mêmes et où la condamnation entraîne l'infamie (*actio injuriarum aestimatoria*) [6]. Cette

1. Festus, vº *Talionis* (XII Tables, 8, 2) : *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit talio esto.* Sur la substitution pratique de la condamnation pécuniaire au talion, v. Aulu-Gelle, 20, 1, 37-38.
2. *Coll.*, 2, 5, 5.
3. Aulu-Gelle, 20, 1, 12 (XII Tables, 8, 4) : *Si injuriam faxsit, viginti quinque poenae sunto.*
4. Il paraît y avoir eu, dans ce titre de l'Album, comme édits principaux à ce sujet : un premier édit remplaçant les XII Tables et promettant de donner, au lieu de l'ancienne action, l'action nouvelle estimatoire (*edictum generale*) ; un autre visant les clameurs outrageantes (*convicium*) ; un troisième sur l'outrage à la pudeur des femmes ou des jeunes gens (*adtemptata pudicitia*) résultant de poursuites, de paroles ou de manœuvres inconvenantes (*appellare, assectari, comitem abducere*) ; un autre sur les actes destinés à nuire à la considération (*infamandi causa factum*) ; enfin un autre sur l'injure faite à un maître en maltraitant son esclave. Ensuite venait l'édit sur l'action noxale, que nous retrouverons et celui sur le droit du fils de famille d'exercer l'action déjà signalé, p. 145, n. 4. — C'est sur ces dispositions que s'est greffé tout le développement doctrinal, notamment celui qui admet qu'une personne injuriée dans une autre personne en sa puissance peut avoir de ce chef plusieurs actions (Gaius, 3, 221. 222). Mais il est à croire qu'elles n'ont pas elles-mêmes été toutes introduites en même temps. Cf. sur leur rapport chronologique, Hitzig, *Injuria*, pp. 70.62. Huvelin, pp. 469-479. Girard, *Mélanges Gérardin*, pp. 255-260.
5. Labéon, chez Aulu-Gelle, 20, 1, 13 : *L. Veratius... pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium ; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses jubebat.* Cf. Gaius, 3, 222.
6. Labeon, *loc. cit.* : *Propterea praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt injuriisque aestimandis recuperatores se daturos edixerunt.* Cf. Gaius, 3, 223. Le même édit obligea le demandeur à spécifier, en agissant, l'injure dont il avait été victime et à fixer l'amende qu'il réclamait. Et le juge statuait ensuite en ayant la faculté de réduire l'évaluation du demandeur indiquée dans la formule, mais non pas naturellement de la dépasser (*condemnatio cum taxatione* portant *dumtaxat HS... condemna*). Seulement, quand l'injure était considérée

réforme fondamentale n'a pu être opérée, sauf peut-être pour les procès où figuraient des pérégrins [1], qu'après la loi Aebutia [2] ; mais en revanche elle l'a été avant la loi Cornelia de Sulla qui la suppose réalisée.

3. *Lex Cornelia de injuriis.* La loi Cornelia *de injuriis*, du dictateur L. Cornelius Sulla, sépara des autres injures les coups et la violation de domicile (*pulsare, verberare, vi domum introire*) pour en faire des délits publics, probablement déférés à une *quaestio perpetua* [3] et soustraits du même coup à l'*actio injuriarum aestimatoria* [4].

4. *Droit impérial.* Le droit impérial continua le mouvement vers la répression publique commencé par la loi Cornelia. Il donna, finalement dans tous les cas, à la victime de l'injure le droit de choisir entre l'action d'injures et une punition physique infligée au coupable *extra ordinem* par le magistrat que le jurisconsulte récent Hermogénien représente comme choisie d'ordinaire de son temps [5].

II. ***Furtum*** [6]. — Le *furtum* est le délit qui correspond à Rome à notre vol moderne. Mais on sait déjà (p. 315) que la définition des deux délits n'est pas identique. Le *furtum* n'est pas la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. C'est la *contrectatio fraudulosa rei alienae* [7]. Et la

comme une injure grave (*injuria atrox*), ce qui arrivait pour des motifs multiples (*ex facto*, *ex loco*, *ex persona*), l'évaluation, au lieu d'émaner du demandeur, émanait du magistrat lui-même, qui la fixait alors, semble-t-il, en fixant le montant de la somme que le défendeur devrait fournir à défaut de nouvelle comparution, de son *vadimonium* (Gaius, 4, 184), et le juge s'abstenait de la réduire par déférence pour le magistrat. — Caractère infamant de la condamnation : Gaius, 4,182.

1. M. Hitzig, pp. 60-72, a supposé qu'elle aurait été d'abord introduite par le préteur pérégrin à l'imitation de la δίκη αἰκίας avec laquelle elle présente certainement des ressemblances frappantes. V. dans le même sens Huvelin, *Mélanges Girard*, 1, pp. 567-569.

2. V. sur les arguments invoqués à tort en sens contraire, Girard, *Mélanges*, 1, pp. 81-82.

3. *Inst.*, *h. t.*, 8. *D.*, *h. t.*, 5. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 14, n. 3. Mommsen, *Droit pénal*, 3, pp. 116-119.

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7, 6, par lequel il faut interpréter Marcien, *D.*, *h. t.*, 37, 1, prouve que le droit d'option n'existe que depuis Caracalla.

5. Hermogénien, *D.*, *h. t.*, 45. *Inst.*, *h. t.*, 10.

6. *Inst.*, 4, 1, *De obl. quae ex delicto*. *D.*, 47, 2, *De furtis*. Cf. A. Desjardins, *Traité du vol dans l'antiquité et spécialement en droit romain*, 1881. C. Ferrini, *Archivio*, 47, 1891, pp. 423-471. Mommsen, *Droit pénal*, 3, pp. 34-89. Hitzig, *Z. S. St.*, 23, 1902, pp. 315-336 et dans Pauly-Wissowa, 7, 1, v° *Furtum*. P. Huvelin, *Mélanges Girard*, 1, pp. 159-171. *Etudes sur le furtum*, 1, *Les Sources*, 1915.

7. Paul, *D.*, *h. t.*, 1, 3 : *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve*. Cf. *Inst.*, *h. t.*, 1. Gaius, 3, 195 : *Furtum fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*. Paul, *Sent.*, 2, 31, 1 : *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*. Suivant une doctrine dont M. Huvelin a déjà indiqué le principe et dont il promet une justification plus détaillée, les lois romaines sur le vol n'auraient d'abord visé que la soustraction (*subreptio*, p. 315, n. 1) et ne se seraient étendues que plus tard au vol sans soustraction, au *furtum improprium* des commentateurs modernes qui, dans cette doctrine, aurait plutôt été le *furtum* proprement dit par opposition à la *subreptio*. V. Huvelin, *Furtum*, 1, pp. 272-273.

notion de *contrectatio* est plus large que celle de soustraction. De plus le droit romain admet, à côté du *furtum rei*, correspondant à notre vol, deux autres variétés originales, le *furtum usus* et le *furtum possessionis*.

Pour qu'il y ait *furtum*, il faut que la *contrectatio* soit *fraudulosa*, c'est-à-dire ait lieu avec une intention de lucre[1] et la conscience d'agir sans droit (*animus furandi*)[2]. Il faut de plus qu'elle ait lieu *invito domino*, par conséquent que la chose ait un propriétaire[3] et qu'on agisse contre sa volonté[4]. Il faut enfin, dans la doctrine qui a prévalu, que la chose soit un meuble[5]. Mais la *contrectatio* est un acte de maniement, de disposition, dans lequel rentrent, a-t-on dit depuis longtemps, non seulement des faits de soustraction qui correspondent à la notion du vol moderne, l'acte de celui qui enlève clandestinement la chose d'autrui, qui s'approprie un objet perdu, à Rome l'acte de l'esclave qui s'enfuit

1. L'intention de lucre est entendue largement ; v. par exemple, *D., h. t.*, 55 (54), 1 : *Species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere.* Mais elle est nécessaire. Ainsi il n'y aura pas vol à enlever la chose d'autrui pour la détruire.

2. Gaius, 3, 197 : *Furtum sine dolo malo* (*Inst.*, *h. t.*, 7 : *sine affectu furandi*) *non committitur.* Il n'y a donc pas vol à s'emparer d'une chose qu'on croit *derelicta* quand elle est perdue (*D.*, *h. t.*, 43, 6), à vendre une chose appartenant à autrui dont on se croit propriétaire par une erreur de fait (héritier du dépositaire) ou même de droit (part de la femme esclave vendu par l'usufruitier ; v. p. 316).

3. Cette règle résulte déjà de ce que le *furtum* suppose une *contrectatio* faite *invito domino*. Mais elle reçoit des applications intéressantes et en partie régies par des principes propres. Elle n'exclut pas le vol des personnes libres *in patria potestate*, *in manu*, *in mancipio*, ni même de certaines personnes libres en servitude de fait (*judicati*, *auctorati*), sans doute par une survivance de la confusion faite très anciennement entre les diverses puissances et la propriété (Gaius, 3, 199). Mais elle s'applique aux choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée, *res nullius divini*, *humani juris*, pour lesquelles il ne peut y avoir de vol, s'il peut y avoir d'autres délits publics et privés. Elle s'applique surtout aux choses susceptibles de propriété privée qui en fait n'appartiennent à personne, notamment aux *res hereditariae*, aux choses d'une hérédité qui n'a pas encore été acceptée : sans cela l'*usucapio pro herede* n'eût jamais pu fonctionner, puisque l'usucapion ne fonctionne pas pour les choses furtives (p. 314). Seulement il faut relativement au vol des *res hereditariae* faire deux remarques très importantes : 1° l'absence de *furtum* et la possibilité de l'usucapion, ne tenant qu'au défaut de propriétaire, ne s'appliquent pas, quand l'héritier est un héritier qui devient propriétaire de plein droit (*suus heres*, *heres necessarius*) : Gaius, 3, 201. 2° Quant à l'héritier externe, en face duquel seul la règle s'applique, le droit de l'époque classique s'attache plutôt, pour dire si le vol est possible, à la possession qu'à la propriété. La chose peut être occupée sans vol, d'après Gaius, 3, 201, même après l'adition d'hérédité, jusqu'à ce qu'il ait pris possession : d'après le Digeste, le vol est possible même auparavant, si la chose est possédée pour le compte de l'hérédité par un tiers : *D.*, *h. t.*, 69 (68) ; 70 (69).

4. Celui qui ramasse un objet abandonné, le croyant perdu, ne commet donc pas de vol : *D.*, *h. t.*, 43, 5. V., sur une hypothèse où un maître laisse perpétrer le vol afin de prendre le coupable sur le coup (Gaius, 3, 198), les règles spéciales portées par Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 8.

5. V., pour la doctrine contraire de Sabinus, Aulu-Gelle, 11, 18, 13, et pour son rejet, Gaius, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 38.

et se vole ainsi à son maître [1], mais des faits qui constitueraient aujourd'hui un abus de confiance, le fait du dépositaire, du locataire, de l'emprunteur qui fait acte de maître sur la chose, ainsi, avons-nous vu, qui en dispose à titre de vente [2], mais des faits qui constitueraient aujourd'hui une escroquerie, ainsi l'acte de celui qui, pour se faire payer une somme due à autrui, se présente comme étant le créancier [3]. Dans tous ces cas, il y a également *contrectatio* et il y aura, si les autres conditions sont réunies, également *furtum*.

De plus, depuis une certaine époque, on a admis qu'au lieu d'être un *furtum rei*, le *furtum* pourrait être soit un *furtum usus*, consistant à tirer de la chose d'autrui un usage auquel on n'a pas droit, par exemple, de la part du dépositaire, qui commettrait un *furtum rei* en s'appropriant la chose, à s'en servir contrairement à son contrat qui ne lui donne pas ce droit, de la part de l'emprunteur à usage, du commodataire, à s'en servir autrement que son contrat ne le lui permet, soit un *furtum possessionis*, consistant de la part du propriétaire lui-même à enlever la chose à quelqu'un qui la possède et a intérêt à la conserver, au créancier gagiste qui a le droit de la garder jusqu'à extinction de la créance garantie, au possesseur de bonne foi qui a le droit de n'en être dépouillé que judiciairement, même, a-t-on fini par dire, aux simples détenteurs qui ont un droit de rétention pour leurs impenses [4].

1. Objet perdu : *D.*, *h. t.*, 43, 4. Esclave qui s'enfuit : *D.*, *h. t.*, 61 (60) ; *C.*, 9, 1, *De fugitiv. serv.*, 1.

2. Cf. sur le *furtum* commis en vendant sciemment la chose d'autrui, Landsberg, *Das furtum des bösgläubigen Besitzers*, 1888. C. Ferrini, *Archivio*, 47, 1891, p. 459 et s.

3. Il y a même *furtum*, en dehors des manœuvres frauduleuses nécessaires aujourd'hui pour constituer l'escroquerie, toutes les fois qu'on reçoit sciemment le paiement de l'indû. C'est l'opinion avérée de certains jurisconsultes, par ex. de Julien, chez Africain, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 38, 1, et surtout de Scaevola, *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 18 : *Furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.* L'existence du *furtum* est aussi certainement admise par tous, quand l'*accipiens* a usé de manœuvres frauduleuses. Seulement une doctrine répandue chez nous (Accarias, 2, p. 441, n. 1) prétend qu'en dehors de pareilles manœuvres, les autres auteurs, notamment Ulpien et Papinien, ne voyaient pas de *furtum* dans la réception consciente de l'indû et que c'est l'opinion qui a prévalu. Mais il n'y a pas, croyons-nous, de divergence dans les textes, et les Romains admettaient unanimement l'existence du *furtum*. La preuve en est dans des textes d'autres jurisconsultes disant que la chose remise en paiement ne pourra être usucapée (car elle devient furtive) : v., par ex., Paul, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 48. Quant aux textes invoqués, Ulpien, *D.*, 47, 2, *De furt.*, 43, ne se rapporte pas à un paiement de l'indû, mais à une *datio ob rem* (cf. Paul, *D.*, 12, 4, *De cond. c. d.*, 14), et Papinien, *D.*, *h. t.*, 81 (80), 6, en supposant une usurpation de nom, ne fait que donner un exemple, car un *falsus procurator* peut indubitablement commettre un *furtum* sans cela. Cf. la discussion décisive de Vangerow, *Pandekten*, 3, § 625, III.

4. *Furtum usus* : Gaius, 3, 196 ; *Inst.*, *h. t.*, 6. Cf. Q. Mucius Scaevola, chez Aulu-Gelle, 6 (7), 15, 2. Brutus et Labéon, chez le même, 6 (7), 15, 1. Val. Max., 8, 2, 4. — *Furtum possessionis*, commis par le propriétaire à l'encontre du créancier gagiste : *Inst.*, *h. t.*, 10 ; du possesseur de bonne foi : Gaius, 3, 200. Application de la même idée au vol commis par le propriétaire à l'encontre de l'usufruitier ou

Le vol, quel qu'il soit, en particulier le *furtum rei*, a, comme tout délit, pour résultat de faire naître au profit de sa victime contre son auteur une action pénale au sens large : l'action *furti*. Mais c'est précisément le délit, pour lequel on distingue le plus nettement de l'action pénale au sens étroit, procurant à la victime une amende qui est pour elle tout profit, les actions réipersécutoires servant à réparer le tort causé par le vol. Nous étudierons donc successivement les deux catégories d'actions.

1. *Actions pénales*. Pour le vol comme pour l'injure, les XII Tables, auxquelles commence notre tradition, marquent une transition. Le système des compositions légales, admis pour le vol non flagrant et des cas voisins, ne l'est pas encore pour le vol flagrant et les cas assimilés.

Au cas de vol non flagrant (*furtum nec manifestum*), l'auteur du vol doit à la victime une amende égale au double du préjudice causé [1].

Au cas de vol flagrant (*furtum manifestum*), il n'y a pas encore de composition légale, la peine est une peine corporelle qui, en dépit des contestations de quelques interprètes, doit, d'après les principes, être infligée au coupable par la victime ou tout au moins par ses soins. Cette peine peut, dans certains cas, être la mort immédiate [2] : au cas de vol à main armée ou de vol de nuit où on peut tuer le voleur sur le coup [3], au cas de vol commis par un esclave où on peut le précipiter de la roche tarpéienne. Si on n'est dans aucun de ces cas, on peut faire infliger au voleur flagrant un châtiment accessoire : la peine des verges. Mais, même alors, le grand effet du vol flagrant demeure de mettre la vie et la liberté de l'auteur du vol à la discrétion de la victime ; car il est attribué à celle-ci par le magistrat, et alors, d'après une doctrine que nous croyons la plus récente, il devient immédiatement son esclave, d'après une autre doctrine, que nous croyons la plus ancienne, il est en face de lui dans la condition du *judicatus*, du débiteur attribué par le magistrat à son

même du commodataire créancier du remboursement de ses impenses, *D., h. t.*, 15, 1. 2. — Ces deux catégories de vol ne nous paraissent avoir été admises par la doctrine que dans les derniers temps de la République : pour le *furtum usus*, à cause de la manière dont les solutions naturelles qui résultent de son principe sont rattachées, le plus souvent sur un ton d'étonnement, aux jurisconsultes de cette époque ou du début de l'Empire (les *veteres* chez Gaius ; Brutus, Q. Mucius Labéon, chez Aulu-Gelle ; v. aussi Val. Max. : *Multus sermo eo etiam judicio manavit*) ; pour le *furtum possessionis*, parce qu'il est en contradiction avec la formule courante selon laquelle le *furtum* implique une *res aliena* (v. les textes, p. 412, n. 3), et ne peut donc avoir été reconnu qu'à une époque où cette formule était déjà traditionnelle. Cf., Ubbelohde, *Zur Gesch. d. benannt. Realcontracte*, 1870, pp. 35-37. *N. R. H.*, 1882, p. 217. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 785.

1. Gaius, 3, 190. Cf. XII Tables, 8, 16 (*Textes*, p. 19).

2. Gaius, *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 4, 1. XII Tables, 8, 12. 13. Cf. sur les ressemblances avec la mise hors la loi du droit germanique, A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 78 et ss.

3. Aulu-Gelle, 11, 18, 8 (XII Tables, 8, 14). Gaius, 3, 189.

créancier, qui a le droit, au bout du délai de soixante jours, de le tuer ou de le vendre au delà du Tibre[1].

Naturellement le voleur pouvait traiter avec le volé d'une rançon qui le soustrayait à cette réduction en servitude et aussi, croyons-nous, aux diverses peines corporelles autorisées par la loi pour les différents cas. Cette transaction paraît même, ici comme en matière d'injure par rupture d'un membre, avoir été expressément autorisée par les XII Tables[2]. Mais elle n'était pas imposée à la victime : celle-ci n'était pas obligée, comme au cas de vol non flagrant, de se contenter d'une somme fixe, elle devait par conséquent en demander au voleur solvable une beaucoup plus forte que la composition du vol non flagrant, comme elle aurait pu par ressentiment en refuser une quelconque en préférant l'exercice de son droit de vengeance. Et il y a lieu de croire que cette rigueur même de la condition de l'individu pris en flagrant délit de vol devait faire alors entendre ce flagrant délit dans le sens le plus étroit, sans aucune des extensions doctrinales que nous savons avoir été proposées par des jurisconsultes de la période postérieure[3]. Mais, pour donner une notion complète du système des XII Tables et même des institutions qui l'ont remplacé, il faut signaler deux dispositions des XII Tables, se rattachant toutes deux à l'idée de perquisition, qui font, l'une que le vol non manifeste pourra après coup être tenu pour manifeste, l'autre que, sans être tenu pour manifeste, il pourra être puni d'une amende plus forte que la peine du double.

Le premier cas est celui de la perquisition *lance licioque*[4]. Le vol non manifeste est après coup assimilé au vol manifeste quand il est constaté à la suite de cette perquisition solennelle faite suivant des formes arrêtées qui se retrouvent identiques dans beaucoup de législations anciennes et qui ont fréquemment éveillé l'idée d'une institution commune antérieure à la séparation des diverses branches de la famille indo-européenne. On considère comme voleur manifeste celui chez qui

1. Gaius, 3, 189 : *Poena manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat ; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adjudicati loco constitueretur veteres quaerebant.* Aulu-Gelle, 11, 18, 8 (XII Tables, 8, 14). Cf. p. 131.

2. Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 7, 14 : *Nam et de furto pacisci lex permittit.* Cf. *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 7, *pr.* : *Si pro fure damnum decisum sit.*

3. V. sur les différents systèmes Gaius, 3, 184 ; *D.*, *h. t.*, 3, 2 ; 7, 2. Sabinus admet encore que *manifestum furtum est quod deprehenditur dum fit* (Aulu-Gelle, 11, 18, 10).

4. Gaius, 3, 192 : *Lex... praecipit ut qui quaerere velit nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens ; qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse.* Cf. 3, 193. 194. Festus, v° *Lance et licio*. Aulu-Gelle, 11, 18, 9. — V. les textes relatifs aux systèmes analogues non seulement du droit hellénique auquel, une doctrine grossière et vieillie admettait un emprunt direct, mais du droit germanique, du droit slave et du droit celtique, dans Bernhoeft, *Staat und Recht der römisch. Königszeit*, 1882, pp. 247-248. Cf. Esmein, *Mélanges*, p. 234 et ss.

la chose est trouvée à la suite d'une pareille perquisition et sans doute aussi celui qui s'y oppose, quoique Gaius dise le contraire par inintelligence de l'ancien système[1].

Le second est celui des actions *furti concepti* et *oblati* données au triple par la même loi[2]. L'action *furti concepti* était donnée contre celui chez qui la chose volée était trouvée en présence de témoins, mais évidemment sans perquisition solennelle. Elle s'explique probablement comme le résultat d'une réforme faite dans un but d'adoucissement par les XII Tables : peut-être n'était-on obligé de laisser faire chez soi que la perquisition solennelle ; mais celui qui, sans se prévaloir de ce droit rigoureux, laissait faire chez lui une perquisition officieuse était puni moins sévèrement si la chose était découverte qu'il ne l'eût été au cas de perquisition *lance licioque*, tout en l'étant toujours plus que s'il avait rendu la chose spontanément et n'eût par suite dû que le double[3]. L'action *furti oblati* est une simple action en recours donnée à celui chez qui la chose est trouvée et qui l'avait reçue de bonne foi, pour réclamer le triple qu'il a payé.

Le système des XII Tables a dû subsister dans son intégrité pendant toute la période des Actions de la loi. Mais, après la loi Aebutia, le préteur a, ici comme ailleurs, généralisé le système des compositions légales. Il a laissé subsister l'action *furti nec manifesti* au double, l'action *furti concepti* au triple et l'action *furti oblati* au triple ; mais il a ajouté pour le cas de vol manifeste et les cas assimilés trois actions au quadruple : l'*actio furti manifesti* contre le voleur manifeste, l'*actio furti non exhibiti* contre celui chez qui la chose est trouvée à la suite de la perquisition *lance licioque* et l'action *furti prohibiti* contre celui qui se refuse à cette perquisition[4].

Seulement, dès avant Justinien, les actions *furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti* ont disparu avec les deux espèces de perquisition auxquelles elles se rapportaient et il ne reste qu'une action *furti* donnée à la fois contre les voleurs, les complices et les recéleurs qu'on distingue pour fixer le taux de l'amende en actions *furti manifesti* et *nec manifesti*[5]. Encore faut-il remarquer que, toujours dès avant Justinien, dès

1. Gaius, 3, 192 : *Lex autem eo nomine nullam poenam constituit*... 193 : *Quae res* [*lex tota*] *ridicula est. Nam qui vestitum quaerere prohibet is, et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re et inventa majori poena subjiciatur.*
2. Gaius, 3, 186. 187. 191.
3. C'est l'interprétation proposée par de Vangerow, *De furto concepto ex lege XII Tabularum*, 1845, et par de Ihering, *Espr. du Dr. r.*, 2, p. 153, n. 213 et qui nous paraît toujours la meilleure. Cf. les systèmes divergents de P. Krueger, *Z. S. St.*, 1884, pp. 219-225 ; Mommsen, *Droit pénal*, 3, pp. 51-52. 56-57 ; Hitzig, *Z. S. St.*, pp. 328-331. Pauly-Wissowa, pp. 392-394 et Huvelin, 1, pp. 40-55.
4. Action *furti manifesti* au quadruple : Gaius, 3, 189. Action *furti non exhibiti* : Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 4 et la paraphrase *ad h. l.* Action *furti prohibiti* : Gaius, 3, 192.
5. *Inst.*, *h. t.*

l'époque des jurisconsultes classiques, le volé préférait souvent recourir à une poursuite criminelle permise par la législation impériale, dont l'exercice entraînait renonciation à l'*actio furti* et que lui seul pouvait intenter, mais qui aboutissait à faire infliger un châtiment corporel au voleur. Cependant il est à croire qu'en face d'un voleur solvable, par exemple de l'auteur d'un abus de confiance, la victime devait plus d'une fois préférer obtenir le double ou le quadruple par la vieille action pénale toujours en vigueur [1].

Il suffira d'indiquer en quelques mots les caractères de cette action [2]. Elle est infamante [3]. — Elle a pour objet une somme égale au double ou au quadruple du préjudice causé [4]. — Elle est donnée non seulement contre les voleurs, mais contre leurs complices et leurs recéleurs [5]. — Elle appartient, disent certains textes, à quiconque avait intérêt à ce que le vol ne fût pas commis, plus exactement, par opposition au simple créancier, à tout propriétaire, possesseur ou détenteur qui avait intérêt légitime à ce que le vol ne fût pas commis [6]. C'est une action perpé-

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 93 (92). Cf. Julien, *D.*, *h. t.*, 57 (56), 1. V. sur la répression publique du *furtum*, en particulier en Egypte, Hitzig, *Z. S. St.*, pp. 331-336.
2. Sur la formule de l'action, dont un fragment est donné par Gaius, 4, 37, cf. Lenel, § 128.
3. Gaius, 4, 182.
4. La seule difficulté, en laissant de côté le critérium du vol manifeste ou non, est de savoir quel est le simple qu'on multipliera par deux ou quatre ; il se détermine, en somme, à l'époque récente, par les mêmes principes que le montant de la *condictio furtiva*. C'est l'intérêt qu'on avait à ce que le vol ne fût pas commis, qui, dans le *furtum rei*, est au moins égal à la valeur de la chose, mais qui comprend en outre l'intérêt supérieur à sa valeur qu'on avait à la garder (*D.*, *h. t.*, 27, *pr.* 1) et qui s'augmente de ses plus-values, parce qu'elles augmentent la dette et ne se diminue pas par ses détériorations, parce que le voleur est en demeure (*D.*, *h. t.*, 50, *pr.*). — Il y avait, dans ce cas, une forme spéciale de *taxatio*, d'après Lenel, *Edictum*, p. 318 (*Edit*, 2, p. 51).
5. Recéleurs : *Inst.*, *h. t.*, 4. Complices : *Inst.*, *h. t.*, 11. Sur le sens distinct des mots *ope consilio* et les discussions qu'ils ont provoquées entre les anciens jurisconsultes, v. Paul, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 53, 2. Cf. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 50, 3. — En revanche elle est écartée non seulement contre les personnes en puissance de la victime du délit, pour lesquelles c'est une application du droit commun (p. 403, n. 2), mais contre les personnes au service du volé, affranchis, clients, serviteurs à gages, *D.*, *h. t.*, 90 (89), et entre époux, *D.*, 25, 2, *Rer. amot.*, 1. Cela n'empêche d'ailleurs pas qu'il y ait un *furtum*, qui, par ex., rendra la *res furtiva*.
6. L'action appartient, disent Gaius, 3, 203, et Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 13, *ei cujus interest rem salvam esse*. Mais il faut en outre que cet intérêt soit légitime, Pomponius, *D.*, *h. t.*, 77 (76), 1 : elle n'est pas donnée au voleur volé ni même au possesseur de mauvaise foi (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 12, 1) ; il faut que la personne soit avec la chose dans un certain rapport matériel sinon de propriété, au moins de possession ou de détention : elle est donnée au créancier gagiste, qui est possesseur, au commodataire, à l'usufruitier, qui ne sont que détenteurs, mais non pas au simple créancier, qui pourra seulement avoir le droit de se la faire céder par son débiteur : *D.*, *h. t.*, 14, *pr.* ; 86 (85). Il résulte de là que l'action qui appartient normalement au propriétaire pourra appartenir : 1° à un autre à côté de lui : au cas de vol de la chose grevée d'usufruit, à lui pour la nue propriété et à l'usufruitier pour l'usufruit (*D.*, *h. t.*, 46, 1) ; 2° à un autre et pas à lui, si c'est à l'autre et non à lui que le vol cause préjudice : ainsi au commodataire, au loca-

tuelle et elle passe en droit classique aux héritiers de la victime ; mais, selon les règles des actions pénales, elle s'éteint par la mort du voleur et non par sa *capitis deminutio*, elle est donnée comme noxale contre celui qui a en sa puissance l'auteur du délit, elle est, en cas de pluralité de coupables, donnée cumulativement contre eux tous, enfin, comme elle est une action pénale au sens étroit, elle se donne sans difficulté en concours avec les actions réipersécutoires [1].

2. *Actions réipersécutoires*. L'*actio furti* est, à proprement parler, la seule action qui naisse du vol et il est même possible qu'elle ait à un certain moment été considérée comme servant à la fois à satisfaire le besoin de vengeance et à réparer le dommage qui résulte du vol : les mots *damnum pro fure decidere* qui se trouvent dans sa formule ont été invoqués en faveur de cette idée qui est soutenable en dehors d'eux [2]. Mais pourtant le vol n'est pas un mode d'acquérir la propriété, il ne peut donner au voleur plus de droits que n'en aurait un tiers, il n'empêche pas le volé d'avoir conservé ses droits, il ne l'empêche pas, au cas de vol au préjudice d'un propriétaire, d'être resté propriétaire, d'avoir toujours l'action en revendication : cela l'en empêche si peu que les XII Tables s'occupent déjà d'assurer la subsistance de sa propriété, de lui conserver sa revendication en prohibant l'usucapion des choses furtives (p. 314). Et c'est ainsi qu'on a dû, croyons-nous, reconnaître de très bonne heure qu'à côté de l'action *furti* née du vol, le volé pouvait avoir, d'après le droit commun, contre le voleur comme contre tout autre, des actions indépendantes nées d'autres causes.

Ces actions indépendantes n'étaient d'abord et n'auraient dû être rationnellement que les actions appartenant au volé, comme propriétaire, comme contractant et non pas comme volé, existant contre le voleur, non pas comme voleur, mais comme tiers détenteur, comme contractant : action en revendication, action *ad exhibendum*, plus tard interdit *utrubi*, plus tard encore, depuis la reconnaissance des contrats réels de bonne foi, actions de dépôt, de commodat, etc. contre le dépositaire, l'emprunteur qui avait manqué à son contrat par l'acte constituant le vol.

taire et non pas à lui, quand ce détenteur est responsable du vol et est solvable : v. de nombreux détails et quelques restrictions, *Inst.*, *h. t.*, 13-17. Cf. aussi F. Schulz, *Z. S. St.*, 32, 1911, pp. 23-99.

1. Extinction par la mort : *D.*, 47, 1, *De del. priv.*, 1, *pr.* Survivance à la *capitis deminutio* : p. 404, n. 2 ; à l'affranchissement : *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 15. Noxalité : Gaius, 4, 76. Cumul au cas de pluralité d'auteurs : *C.*, 4, 8, *De cond. furt.*, 1. Concours avec les actions réipersécutoires : *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 7, 1. L'action *furti* est une de celles qui sont expressément signalées comme s'éteignant *ipso jure* par simple pacte, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 17, 1.

2. Elle reste même vraie en droit récent dans les cas où il n'existe au profit du volé que l'action *furti* et où par conséquent elle joue alors le rôle d'action mixte ; ainsi contre les complices (*D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 6 ; cf. p. 417, n. 5), ainsi au profit de simples détenteurs lésés par le vol (p. 417, n. 6).

Mais, précisément en partant de l'idée suscitée par les actions réipersécutoires, selon laquelle l'action *furti* était purement pénale, selon laquelle son produit devait être tout profit pour le volé, on arriva de très bonne heure à trouver qu'il subissait un dommage quand il n'avait qu'elle, qu'en particulier ses intérêts étaient lésés quand la revendication lui faisait défaut, soit parce qu'elle s'éteignait par la perte de la chose, soit parce qu'elle ne passait pas contre les héritiers non possesseurs. Et alors on a doublé cette revendication du propriétaire volé par l'adjonction d'une action personnelle, la *condictio furtiva* par laquelle le volé considéré comme créancier de la chose volée peut en demander la valeur au voleur et à ses héritiers, même s'ils ne possèdent pas, même si la chose a péri par cas fortuit ; car, si le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de la chose, ce n'est vrai que quand il n'est pas en demeure et le voleur est, dit-on, considéré comme en demeure par le fait même du vol (*fur semper moram facere videtur*[1]).

Cette action est avec les principes généraux dans une discordance difficile à nier, puisque le volé y apparaît comme créancier de sa propre chose, puisqu'il demande qu'on lui transfère la propriété d'une chose dont le vol ne l'a pas empêché de rester propriétaire. Elle a, dit Gaius, été admise en haine des voleurs (*odio furum*), pour que les voleurs puissent être poursuivis par plus de moyens, afin de compléter les actions ordinaires[2]. Elle n'empêche donc pas le volé de pouvoir toujours revendiquer contre les tiers détenteurs, s'il y voit avantage quant au droit de suite, contre le voleur et ses héritiers eux-mêmes, s'il y voit avantage quant au droit de préférence. A l'inverse elle n'existe en principe qu'au profit de ceux qui auraient la revendication, aux défectuosités de laquelle elle supplée ; elle n'appartient pas à tous les volés, mais seulement, sauf une petite extension, aux propriétaires volés[3]. Mais pour eux elle remplace parfaitement l'action réelle qui ferait défaut en tout ou partie

1. *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 7, 2 : *Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat, nec tantum si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit* ; 20 : *Durare condictionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere* ; 8, 1 : *Placet id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit... Semper enim moram fur facere videtur.*

2. Gaius, 4, 4. Nous n'entrons pas ici dans l'examen des conjectures émises sur ses origines historiques. Cf. Bekker, *Aktionen*, 1, p. 105. Pernice, *Labeo*, 1, p. 312. 3, 1, p. 233. Brinz, 2, § 300, n. 25. Mommsen, *Droit pénal*, 3, pp. 62-64. Hitzig, *Z. S. St.*, p. 315, n. 1; et dans Pauly-Wissowa, p. 398.

3. *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 1 : *In furtiva re soli domino condictio competit.* Le texte d'Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 22, *pr.* (Lenel, 902), qu'on invoque souvent comme preuve de l'extension au créancier gagiste, était dans sa forme première relatif à la fiducie et ne fait donc qu'appliquer le droit commun à l'acquéreur avec fiducie qui est propriétaire. En revanche, l'extension semble établie pour le créancier gagiste à l'exclusion de tous les autres titulaires de droits réels par Neratius citant Aristo, *D.*, *h. t.*, 12, 2.

en leur permettant d'obtenir des voleurs[1], malgré toutes les détériorations et toutes les destructions, la plus haute valeur que la chose a eue depuis le vol, puisque, d'après le droit commun, la créance du corps certain s'augmente avec les améliorations de la chose et que, d'après les règles de la demeure, elle ne diminue pas avec ses dégradations (p. 419, n. 1). Elle constitue, en face de l'action pénale *furti*, une nouvelle action réipersécutoire qui, comme les autres actions réipersécutoires et à la différence des actions pénales, s'éteint par la *capitis deminutio* et non par la mort du débiteur, n'est pas donnée comme noxale au cas où l'auteur du vol est en puissance, s'éteint au cas de pluralité d'auteurs du délit, sinon par la poursuite contre l'un, au moins par la satisfaction émanée de l'un d'eux, et enfin ne se cumule pas avec les actions réipersécutoires[2].

III. ***Damnum injuria datum***[3]. — A côté de l'injure et du *furtum*, les XII Tables punissaient encore certains délits qui ne rentraient pas dans la notion de l'injure, parce que c'étaient des délits contre les biens, et qui ne rentraient pas dans celle du *furtum*, parce qu'ils n'impliquaient pas chez leur auteur d'intention de lucre, certains genres de dommages causés à autrui dans ses biens, et nous savons même que des lois postérieures en punirent encore d'autres[4]. Mais c'étaient là des dispositions isolées, portant sans vue d'ensemble des amendes pour les actes nuisibles en face desquels il paraissait le plus urgent d'établir une créance de composition légale[5].

1. Elle paraît être refusée contre les complices : *D.*, *h. t.*, 6. La distinction *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 53, 2, paraît venir d'une interpolation. Cf. Karlowa, 2, p. 788.
2. Transmission contre les héritiers : p. 419, n. 1. Extinction par l'affranchissement : *D.*, *h. t.*, 15. Délivrance comme action *de peculio* (dans la limite de l'enrichissement) et non comme action noxale : *D.*, 15, 1, *De pec.*, 3, 12 ; sur *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 4, cf. Savigny, *Traité*, 5, p. 556. Extinction au cas de pluralité d'auteurs, à la suite d'un seul paiement (et peut-être même en droit classique d'une seule poursuite ; cf. Eisele, *Archiv*, 77, 1891, p. 438) : *C.*, 5, 8, *De cond. furt.*, 1. Absence de concours avec les autres actions persécutoires : *C.*, 6, 2, *De furtis*, 12, 1.
3. *Inst.*, 4, 3, *De lege Aquilia* ; *D.*, 9, 2, *Ad legem Aquiliam*. Cf. A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, 1867. Grueber, *The Roman law of damage to property*, 1886. Von Thur, *Schätzung des Schadens in der Lex Aquilia*, 1892. Mommsen, *Droit pénal*, 3, pp. 145-155.
4. *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuriae locutae sunt, derogavit, sive XII tabulis, sive alia quae fuit : quas leges nunc referre non est necesse.*
5. Il nous paraît notamment impossible d'admettre que les XII Tables aient déjà contenu une disposition générale punissant soit à l'aide d'une action *de rupitiis sarciendis*, comme le veut une conjecture de Huschke, reprise par M. Sell, *Die actio de rupitiis*, 1877, soit sous le nom de *rupitiae*, comme le prétend M. Voigt suivi par M. Cuq, *Institutions*, 1, p. 206, n. 1, la plupart des faits réprimés plus tard par la loi Aquilia. Ces systèmes ne s'appuient que sur une interprétation défectueuse de deux articles de Festus, v° *Sarcito* et v° *Rupitias*. Le premier texte, invoqué seulement par le premier système et abandonné par le second, prouve uniquement que le mot *sarcito* se trouvait dans les XII Tables au sens de *damnum solvito, praestato* (cf. XII Tables, 8, 10. 14) ; le second, invoqué par les deux, ne

Un essai de systématisation fut fait par la loi Aquilia, plébiscite proposé par un tribun nommé Aquilius[1], dont les termes nous ont été conservés en partie et qu'on croit souvent pouvoir rattacher à une date précise, à celle de la sécession de la plèbe qui provoqua la loi Hortensia entre les années 465 et 468, qui, à notre avis, peut seulement se localiser entre la loi des XII Tables et le début du VII[e] siècle, probablement plus près de la seconde époque que de la première[2].

La loi Aquilia instituait contre l'auteur de certains dommages une action unique, qui est à l'époque formulaire, au double au cas de négation (*crescit in duplum adversus infitiantem*), qui par suite devait, à notre sens, s'exercer par *manus injectio* à l'époque des Actions de la loi et qui tirait probablement ce caractère des termes mêmes de la loi dans laquelle son auteur déclarait *damnas* celui qui l'enfreindrait[3]. Cette action avait pour objet le montant du préjudice calculé sur la plus haute valeur que la chose détruite ou détériorée avait eue, soit dans l'année, soit dans le mois qui avait précédé le délit. Et en se plaçant au point de vue de la classification récente en actions pénales, réipersécutoires et mixtes, Gaius et Justinien disent qu'elle est à la fois pénale et réipersécutoire, le premier parce qu'elle fait obtenir outre la réparation du préjudice le

prouve même pas qu'elles aient contenu le mot inconnu et peu vraisemblable (cf. Pernice, p. 1 et ss.) *rupitias*; car, dans l'article de Festus : *Rupitias XII significat damnum dederit rupitias* peut, comme on l'a depuis longtemps supposé, être une corruption de *Rupit in...* et prouver simplement que les XII Tables contenaient une disposition (distincte de celle sur l'injure, 8, 2) employant le mot *rupit* dans le sens de *damnum dederit* et ce pourrait aussi, comme l'a supposé récemment M. Louis Havet, *Bibliothèque Ecole Hautes études*, fasc. 274, 1914, p. 11, être le début d'une formule commençant par *rupit as(sem)* dont la suite manquerait par la perte d'une ligne du texte et de laquelle la fin de l'article de Festus disait qu' *(in) XII significat damnum dederit*.

1. *D.*, *h. t.*, 1, 1 : *Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit.*

2. Gaius, *D.*, *h. t.*, 2, 1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 27, 5. Cf. la restitution dans Bruns, 1, pp. 15-45. On admet assez ordinairement, en partant de la paraphrase des *Inst.*, 4, 3, 15, et d'une scolie des Basiliques, 60, 3, 1, qui la rattachent à la sécession de la plèbe, que la loi daterait de la seule sécession de la plèbe que connaisse l'auteur de la paraphrase, de celle après laquelle fut votée la loi Hortensia, c'est-à-dire d'une année se plaçant entre les années 465 et 468 (p. 31). Mais le rattachement fait par ces textes de la loi Aquilia à la sécession de la plèbe avec laquelle elle n'a aucun rapport de fond peut fort bien venir tout simplement d'une combinaison opérée entre les solutions du *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 8, et des *Inst.*, 1, 2, *De j. nat.*, 4, qui déclarent les plébiscites obligatoires depuis la loi Hortensia, et celle de *D.*, *h. t.*, 1, 1 (n. 1) selon laquelle notre loi est un plébiscite. Tout ce qu'il y a donc de sûr, à notre sens, c'est que la loi se place entre le début du VII[e] siècle, où elle est déjà connue de Brutus, *D.*, *h. t.*, 27, 22, et la loi des XII Tables dont elle est venue remplacer les règles, probablement plus près de Brutus que des XII Tables, notamment parce que, dans l'intervalle, d'autres lois étaient déjà venues compléter la loi décemvirale.

3. Nous montrerons plus loin comment la peine du double contre celui qui nie a remplacé, sous la procédure formulaire, la peine semblable encourue par le *vindex* de la *manus injectio*. Les termes de la loi sont rapportés par Gaius, *D.*, *h. t.*, 2, *pr.* et par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 27, 5.

double en cas d'*infitiatio*, Justinien non seulement pour cela, mais parce qu'elle fait obtenir la différence entre la valeur au moment du délit (*quanti interest*) et la plus haute valeur dans une certaine période (*quanti plurimi*) [1]. Mais, sauf en ce qui concerne le concours avec les actions réipersécutoires, elle est régie, à tous les points de vue, par les règles typiques des actions pénales : au cas de pluralité d'auteurs, elle se donne cumulativement contre tous ; au cas où l'auteur est *alieni juris*, elle se donne comme noxale ; elle ne s'éteint pas par la *capitis deminutio* ; enfin elle s'éteint par la mort du débiteur, sauf l'atténuation du droit impérial qui admet la poursuite contre les héritiers dans la mesure de leur enrichissement [2].

Quant aux faits qu'elle punit, elle constitue évidemment une tentative de généralisation en face du droit antérieur qu'elle abroge ; mais elle est encore très loin d'être une règle d'ensemble telle que celle qui obligerait par exemple à réparer tout préjudice injustement causé à autrui. Elle procède encore par solutions d'espèces, en visant, dans trois chapitres principaux [3], les dommages qui lui ont paru requérir le plus instamment sa répression : en premier lieu, la mort des esclaves ou des *animalia quae pecudum numero sunt*, qu'on évaluera selon la plus haute valeur qu'ils ont eue dans l'année avant le délit [4] ; ensuite un dommage d'ordre tout différent, le tort causé à un créancier principal par le créancier accessoire (*adstipulator*) qui a fait remise de la dette au préjudice du premier [5] ; enfin la blessure des esclaves et des animaux visés par le premier chapitre et la destruction ou la détérioration de toutes les autres choses corporelles, à peine d'une amende calculée sur la plus haute valeur dans le mois qui a précédé le délit [6]. En outre, à nous en

1. Gaius, 4, 9. Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 19 ; *h. t.*, 9.

2. Noxalité : Gaius, 4, 76. Cumul au cas de pleuralité d'auteurs : *D.*, *h. t.*, 11, 2. Transmission contre les héritiers seulement dans la mesure de l'enrichissement : *D.*, *h. t.*, 23, 8 ; cf. *Inst.*, *h. t.*, 9.

3. Cf., sur une autre disposition infligeant une amende à celui qui aurait endommagé un bien de l'Etat, Cicéron, *Brut.*, 34, 131, et Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 210, n. 2 ; en sens différent, Pernice, p. 103.

4. Gaius, *D.*, *h. t.*, 2, *pr. Inst.*, *h. t.*, 9.

5. Gaius, 3, 215 ; il dit, 3, 216, que la seule utilité de cette action en face de l'action de mandat dont est déjà tenu l'*adstipulator* est dans la peine du double dont il sera frappé au cas d'*infitiatio* ; mais, si cela est vrai du temps de Gaius, ce ne l'était sans doute pas à celui de la rédaction de la loi, dont l'intervention est précisément une preuve que l'*adstipulator* n'était pas encore tenu à son époque par l'action du mandat, que, comme en bien d'autres cas, on a organisé là sur le terrain délictuel une protection qui n'existait pas encore sur le terrain contractuel. On pourrait plutôt trouver singulier que la loi ne se soit occupée que du cas d'*acceptilatio* et non par exemple de celui de paiement. Mais cela peut s'expliquer de plusieurs façons, par exemple en disant que l'*adstipulator* qui s'approprierait les deniers reçus pour le compte du créancier principal commettrait peut-être un *furtum*, par exemple surtout en remarquant qu'à l'époque de la loi Aquilia le paiement ne suffisait peut-être pas sans *acceptilatio* pour éteindre l'obligation.

6. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 27, 5. *Inst.*, *h. t.*, 13-15.

tenir au premier et au troisième chapitres, il ne suffit pas, pour qu'ils s'appliquent, des conditions générales des délits [1]. Il ne suffit même pas que le préjudice ait été causé d'une façon quelconque. Il faut qu'il ait été causé, dit-on, *corpore et corpori*, c'est-à-dire : 1° que le dommage ait résulté d'un acte matériel de l'agent, que ce dernier ait tué et non pas occasionné la mort, qu'il ait frappé l'animal et non pas seulement fait du bruit pour le faire sauter dans un précipice ; 2° que le dommage ait atteint la chose et non pas seulement préjudicié au maître, comme il arrive quand on délie un esclave ou que l'on ouvre la cage d'un oiseau pour lui permettre de s'échapper [2]. Enfin l'action ne naît que quand le dommage a été causé au propriétaire : la loi ne protège contre les dommages qu'elle vise que le propriétaire de la chose [3].

Le droit postérieur est intervenu pour élargir ce système étroit, soit quant à la qualification du fait, soit quant à la détermination du bénéficiaire de l'action. — Au point de vue de la qualification du fait, l'édit du préteur a donné l'action, hors de son domaine propre, comme action utile, même quand le dommage n'a pas été causé *corpore*, et il a également donné, quand le dommage n'a pas été causé *corpori*, une action pour laquelle on se demande seulement si c'est encore une action utile de la loi Aquilia (au *quanti plurimi*, au double *adversus infitiantem*) ou une action indépendante en réparation du préjudice [4]. — Au point de vue du bénéficiaire, la doctrine et le préteur sont aussi parvenus à élargir l'ancienne action donnée exclusivement au propriétaire, par conséquent refusée aux titulaires de droits réels, qui ont la *condictio furtiva* et l'action *furti*, aux possesseurs et détenteurs qui ont cette dernière, aux simples créanciers, aux pérégrins, qui n'ont ni l'une ni l'autre. Pour les pérégrins, nous avons déjà vu comment l'action *furti* et celle de la loi Aquilia leur ont été étendues par le préteur à l'aide de la fiction du droit de cité (p. 362, n. 3). Les titulaires de droits réels, les possesseurs, certains détenteurs ont aussi été protégés soit à l'aide d'une

1. Il faut, comme dans tout délit, que l'acte soit un acte positif et non pas une négligence, une faute de commission et non une faute d'abstention. Les exceptions apparentes se rapportent, croyons-nous, à des cas où la négligence se rattache à un acte positif antérieur (individu qui, après avoir allumé du feu sur son champ, l'a laissé gagner le champ du voisin, *D.*, *h. t.*, 27, 9). De plus, il faut une faute, qui est ici envisagée rigoureusement (*D.*, *h. t.*, 44 : *In lege Aquilia et levissima culpa venit*), mais sans laquelle il n'y aurait pas de délit (Gaius, 3, 211 : *Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit* ; cf. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, 2).

2. *Inst.*, *h. t.*, 16.

3. *D.*, *h. t.*, 11, 6 : *Actio ero competit, hoc est domino* ; cf. 11, 9.

4. Le texte des *Inst.*, *h. t.*, 16, oppose positivement l'un à l'autre le cas de dommage non causé *corpore*, où il donne une action utile, et le cas où, le dommage n'étant causé ni *corpore* ni *corpori*, *cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia*, on a admis une action *in factum*. Mais, d'autre part, l'examen des commentaires de l'édit, dans lesquels ce cas ne paraît pas séparé du précédent, est très défavorable à une pareille distinction. Cf. Lenel, *Edictum*, § 77, II.

formule, soit à l'aide d'une autre[1]. Enfin, pour les simples créanciers eux-mêmes, on est arrivé à les protéger en paralysant l'action de la loi Aquilia entre les mains du propriétaire et en leur donnant une action de dol qui leur fera obtenir la réparation du préjudice[2]. Le résultat définitif est donc de donner une action en indemnité à peu près à tous ceux qui ont souffert du dommage ; seulement il n'a pas été atteint par une action une et directe, il ne l'a été que par des moyens divers et détournés parce qu'il n'a pas été obtenu d'un coup par une loi d'ensemble, mais progressivement à l'aide d'expédients multiples.

IV. Dommage et vol avec violence[3]. — Nous avons déjà vu l'édit du préteur intervenir pour compléter ou renforcer les dispositions portées par le droit civil en matière d'injure, de vol ou de délit de la loi Aquilia. L'édit rendu en l'an 678 par le préteur pérégrin M. Terentius Lucullus[4], pour les faits de dommage ou de soustraction commis en bande, n'est pas autre chose au fond qu'une de ces extensions[5]. Il a créé une action donnée au quadruple pendant une année utile et ensuite au simple, soit pour le cas de *rapina*, c'est-à-dire de vol accompagné de violence, où l'action, qui est infamante[6], est appelée l'action *bonorum vi raptorum*[7], soit pour le cas de dommage causé en bande ou en armes[8]. L'*actio bonorum vi raptorum* était probablement regardée à l'époque

1. Possesseur de bonne foi : *D.*, *h. t.*, 11, 8 ; 17. Usufruitier, usager : *D.*, *h. t.*, 11, 10. Créancier gagiste : *D.*, *h. t.*, 17. Peut-être le fermier : *D.*, *h. t.*, 27, 14. Mais non le commodataire : *D.*, *h. t.*, 11, 9. Cf. Pernice, p. 206 et ss. Debray, *N. R. H.*, 1909, pp. 643-703. On donne aussi une action utile à l'homme libre blessé : *D.*, *h. t.*, 13, *pr.*

2. *D.*, 4, 3, *De d. m.*, 18, 5. En outre, au cas d'action de bonne foi, le créancier a le droit, d'après les principes généraux, de demander au débiteur libéré par la perte de la chose les actions nées du délit qui a produit cette perte de la chose, ici l'action de la loi Aquilia (*D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, 12).

3. *Inst.*, 4, 2, *Vi bonorum raptorum*. *D.*, 47, 8, *Vi bonorum raptorum et de turba*. Cf. Keller, *Semestria ad Ciceronem*, 1, 1842, pp. 542-694. Lenel, *Edictum*, § 187 ; Mommsen, *Droit pénal*, 2, pp. 374. 380-382. Karlowa, 2, pp. 1337-1343.

4. Cicéron dit, dans le *Pro Tullio* (prononcé entre 681 et 683 ; v. Girard, *Mélanges*, 1, p. 164, n. 1), 4, 8, que l'action a été créée récemment (*paucis hisce annis*) par M. Lucullus (M. Terentius Varro Lucullus Licinianus cos. 681), et Asconius, *in or. in tog. cand.*, éd. Stangl, p. 65, nous apprend que M. Lucullus a été préteur pérégrin six ans avant la censure de 684, donc en 678.

5. C'est du moins l'interprétation donnée par la doctrine à l'édit, qui paraît avoir été immédiatement dirigé contre les bandes qui saccageaient l'Italie à l'époque de Lucullus. Cf. Cicéron, *Pro Tull.*, 4, 8, et Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, 10.

6. Gaius, 4, 182.

7. C'est d'elle seule que parlent les *Inst.*, *h. t.* En dehors de la violence, les conditions du délit sont les mêmes que celles du *furtum* (*D.*, *h. t.*, 2, 23 = *Inst.*, *h. t.*, 2, *in fine*).

8. C'est à cette seconde action que se rapporte le plaidoyer de Cicéron, *Pro Tullio*. M. Mommsen estime même avec vraisemblance que l'édit de Lucullus visait exclusivement le dommage et n'a été étendu au vol que par la suite en vertu de l'impossibilité pratique qu'il y eût eu à séparer les actes de destruction et de soustraction commis par les mêmes bandes de malfaiteurs.

classique, par l'opinion dominante[1], comme purement pénale : mais Justinien décida qu'elle serait considérée comme mixte[2].

V. ***Metus***[3]. — La *metus* est un délit prétorien réprimé par une action *in factum*, l'*actio metus*, donnée également au quadruple pendant une année utile et ensuite au simple.

Anciennement les menaces par lesquelles on avait déterminé une personne à faire un acte étaient absolument impunies. Pour les actes déterminés par la crainte qui sont les plus pratiques, pour les actes juridiques, aliénations, formation d'obligations, extinction d'obligations, elles étaient, peut-on dire, rendues plus difficiles par les anciens modes d'accomplissement de ces actes, qui exigeaient souvent en droit la présence de magistrats (*in jure cessio*) ou de témoins (mancipation, *nexum*, remise *per aes et libram*), qui supposaient toujours pratiquement, au point de vue probatoire, la présence de témoins. En outre et surtout, l'ancien droit, soit pour les actes juridiques, soit pour les actes matériels, voyait une garantie suffisante dans la répression qu'aurait entraînée l'accomplissement des menaces ; il ne voyait pas la nécessité de créer des règles spéciales pour venir au secours de celui qui aurait cédé à ces menaces.

Mais plus tard les idées ont changé, on a estimé que c'était un délit de déterminer une personne à un acte matériel ou juridique qu'elle ne voulait pas faire, par la menace d'un mal concernant sa vie, son corps, sa liberté ou ceux de ses enfants[4], et alors, peut-être sous l'influence des extorsions des créatures de Sulla[5], on a fait des menaces un délit : de même que Lucullus avait créé le délit de *rapina* en créant l'action *vi bonorum raptorum*, un préteur, antérieur à la fin du VIIe siècle, peut-

1. Gaius, 4, 8 : *Poenam tantum persequimur... secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum*. M. Gradenwitz, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, 1887, p. 37, suppose même que telle était encore la doctrine d'Ulpien en argumentant de *D.*, *h. t.*, 2, 27, et de la façon dont il rapproche habituellement l'*actio vi bonorum raptorum* et l'*actio furti*.

2. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* (cf. 4, 6, *De act.*, 19) : *In quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit.* — On peut rapprocher de notre action annale au quadruple l'action annale au double donnée par l'édit au cas de dommages causés dans un tumulte (*turba*, *D.*, *h. t.*, 4 ; cf. Lenel, § 188) et surtout l'action annale au quadruple donnée par l'édit au cas de dommage ou de détournement dans une catastrophe, un incendie, un naufrage (*D.*, 47, 9, *De incendio, ruina, naufragio nave rate expugnata* ; cf. Lenel, § 189). La plupart de ces faits donnent d'ailleurs en outre lieu, sous l'Empire, à une répression *extra ordinem*.

3. *D.*, 4, 2, *Quod metus causa gestum erit*. Cf. Schliemann, *Die Lehre vom Zwange*, 1861. Schlossmann, *Zur Lehre vom Zwange*, 1874. Gradenwitz, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, 1887, pp. 9-64. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1064-1068.

4. Mal concernant la personne ou ses proches : *D.*, *h. t.*, 3, 1 ; 4 ; 5. Mal présent : *D.*, *h. t.*, 9, *pr.*, Mal sérieux : *D.*, *h. t.*, 6.

5. Cf. Cicéron, *Ad Q. fr.* 1, 1, 7, 21 : *Cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerant reddere.*

être antérieur à Lucullus, le préteur Octavius, a créé le délit de *metus* en créant l'action *metus*[1] à côté de laquelle nous trouvons même une exception, l'*exceptio metus*, pour dispenser d'exécuter les actes juridiques déterminés par la crainte, et une *restitutio in integrum*, pour les faire réputer non avenus, mais qui est, croyons-nous, le plus ancien des trois moyens[2].

1. L'action fondée sur la *metus*, appelée parfois action *metus causa*, mais non action *quod metus causa*, par les jurisconsultes (Paul, *D., h. t.*, 21,6 ; *D.*, 4, 3, *De d. m.*, 18, *pr.* ; Ulpien, *D., h. t.*, 12, 2 ; 14, 2 ; 14, 15 ; 21,6) est citée, sous le nom de *formula Octaviana*, par Cicéron, *In Verr.*, 2, 3, 65, 152, comme demandée en Sicile en 684 au successeur de Verrès, qui l'avait insérée l'année précédente à Rome dans son édit urbain (*judicium... quod per vim aut metum abstulisset, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia*). L'action a donc été créée avant 683 par un préteur nommé Octavius. Il est assez possible, sans être sûr (cf. p. 357, n. 2), qu'elle vienne de l'un des deux Octavii qui ont été consuls l'un en 678 et l'autre en 679 et qui ont en conséquence été préteurs au plus tard le premier, Cn. Octavius, en 675, et le second, L. Octavius, en 676. Elle viendrait sûrement du premier, si l'on admettait comme font incidemment plusieurs auteurs que Cicéron, *Ad Q. fr.*, 1, 1, 7, 21, se rapporte à son créateur. Par malheur, les éditeurs modernes (Orelli, Wessemberg, Antoine, C. F. W. Mueller par ex.) le font en général parler non pas de *Cn.* Octavius, mais de *C.* Octavius qui serait alors le père d'Auguste, préteur en 693, à une époque où l'action existait depuis longtemps (cf. *C. I. L.*, I², p. 199). Cependant le ms. fondamental (*Mediceus*) porte *Cn*, et la question mériterait d'être reprise.

2. Une doctrine défendue par Savigny, *Traité*, 7, p. 117, n. *d*, et qui s'étend à tous les cas où le même fait fonde à la fois une action prétorienne et une *in integrum restitutio*, soutient ici, comme partout, que la *restitutio in integrum* en sa qualité de moyen moins parfait, dépendant de l'arbitraire du magistrat, inapplicable aux actes matériels, aurait été le moyen le plus ancien, et on dit aussi parfois que l'exception doit au plus tard être contemporaine de l'action, en vertu du principe général selon lequel l'existence d'une action pour réclamer implique *à fortiori* celle d'une exception pour ne pas exécuter. Mais : 1° cette dernière idée n'est qu'une conception abstraite du droit développé. Elle n'a aucune valeur historique, parce que nous connaissons des rapports où l'action a précédé l'exception, où par exemple l'action date du temps des Actions de la loi et l'exception de celui de la procédure formulaire (p. 234, n. 1). Ici l'action et l'exception datent toutes deux de l'époque de la procédure formulaire. Mais M. Gradenwitz nous paraît avoir démontré, p. 17 et ss., que l'action a existé avant l'exception. On peut relever dans les textes des vestiges de conceptions qui n'ont pu se former que parce que l'action a commencé par exister seule : ainsi, au cas où le défendeur refuse de faire remise de la dette obtenue par ses menaces, la fixation du préjudice, qu'on multiplie par quatre dans la condamnation, au montant nominal de la créance, évaluation qui était exacte tant qu'on n'avait pas de moyen pour ne pas exécuter, qui a cessé de l'être depuis qu'on a l'exception pour repousser la demande en exécution et qui n'a donc pu entrer en usage qu'en un temps où, l'exception n'existant pas encore, le promettant était réellement appauvri du montant de sa promesse ; ainsi, au point de vue du cumul des deux moyens, la controverse agitée, non pas sur le point de savoir si on peut encore demander le triple après avoir opposé l'exception, comme on l'aurait fait logiquement si l'exception avait toujours dispensé d'exécuter, mais sur celui de savoir si, une fois l'action au quadruple intentée, le moyen qui s'y est juxtaposé, l'exception peut être paralysée par une réplique (Ulpien, *D., h. t.*, 14, 9 = Lenel, 378). — 2° Quand à l'*in integrum restitutio*, la doctrine selon laquelle elle serait partout plus ancienne que l'action est encore une idée préconçue qui ne tient pas devant les faits, dans lequels l'*in integrum restitutio* apparaît au contraire plutôt comme un renforcement de l'ac-

L'action *metus* a été créée contre les auteurs de la *metus* contre lesquels elle était donnée au quadruple du préjudice causé, puis elle a été étendue aux tiers qui, sans avoir coopéré à la *metus*, en ont profité [1], contre lesquels elle est donnée au quadruple de leur enrichissement. Mais la rigueur apparente de cette peine du quadruple est fort atténuée par le caractère arbitraire de l'action [2] ; on ne passera à la condamnation au quadruple que si le défendeur n'a pas fourni au demandeur la satisfaction arbitrée par le juge, et, par suite, cette peine n'est exagérée ni en face des auteurs des menaces, ni même en face des tiers qui en ont profité et qui, s'ils n'avaient pas d'abord participé au délit, s'en sont rendus complices après coup en refusant de restituer l'enrichissement qu'il leur avait procuré [3].

Le caractère arbitraire de la formule de l'action *metus*, par suite duquel l'exercice de l'action aboutira à la résolution pratique de l'acte juri-

tion. Au point de vue propre de la *metus*, l'antériorité de l'action à la *restitutio* est jusqu'à un certain point déjà démontrée par les arguments que nous avons donnés pour son antériorité à l'exception. Elle est affirmée par les textes juridiques qui représentent l'action *in rem* donnée à la suite de l'*in integrum restitutio* comme une addition au système : Gordien, *C.*, 2, 19 (20), *De his quae vi*, 3 : *Postquam placuit in rem quoque dari actionem* ; par les textes de Cicéron qui parlent de la *formula Octaviana* (qui est certainement l'action, v. le mot *judicium*, p. 426, n. 1) comme du premier moyen créé contre la *metus*. Enfin, autant on s'explique aisément la juxtaposition de la *restitutio in integrum* à l'action, soit dans un système (p. 429, n. 2), pour la rendre purement pénale, un peu comme la création de la *condictio* fit de l'action *furti*, soit, dans un autre, pour donner à son bénéficiaire une protection plus complète, par ex. en lui permettant, au cas d'aliénation déterminée par la crainte, d'intenter contre un détenteur insolvable, au lieu d'une action personnelle, soumise à la loi du concours, une action réelle *rescissa alienatione*, munie du droit de préférence (v. sur ces avantages, Brinz, 1, p. 482), autant on comprendrait mal un développement qui aurait conduit de l'*in integrum restitutio* à une action au quadruple, surtout à une action au quadruple qui est arbitraire et qui met par conséquent cette peine à la discrétion du débiteur. Ce à quoi l'*in integrum restitutio* aurait conduit logiquement, c'eût été à méconnaître l'acte entaché de violence, à donner sans le préliminaire superflu de l'*in integrum restitutio*, directement l'action réelle. — Du reste l'exception et l'*in integrum restitutio* paraissent s'être adjointes assez vite à l'action ; car l'exception est connue de Labéon, *D., h. t.*, 14, 9, et la *restitutio* devait exister en 695 d'après Cicéron, *Pro Flacco*, 21, 49.

1. Cet ordre d'introduction résulte du langage des deux textes de Cicéron, pp. 425, n. 5 et 426, n. 1, où l'action est donnée seulement contre celui qui est dit *abstulisse*. On pourrait supposer que l'extension a été faite par l'édit sur l'*in integrum restitutio* et transportée de là à l'action et à l'exception. Cf. les traces des controverses relatives à son extension aux tiers qui ont profité de bonne foi de l'acte entaché de *metus*, *D.*, *h. t.*, 9, 8 ; 14, 3 ; 14, 5.

2. Le caractère arbitraire de la formule de l'action *metus* est affirmé par les Institutes de Justinien, 4, 6, *De act.*, 31, et par de nombreux textes du Digeste ; v. par ex. *D.*, *h. t.*, le fr. 14, d'Ulpien, aux §§ 1, 3 (n. 5), 4, 5, 11 (reproduction de la *clausula arbitraria*) ; v. encore Paul, *D.*, 4, 3, *De dolo*, 18, *pr.* Il a été nié récemment par M. Biondo Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae*, 1, 1913, pp. 38-77. V. contre cette négation les objections de M. Segré, *Mélanges Girard*, 2, pp. 570-572.

3. *D.*, *h. t.*, 14, 3 : *Nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur*

dique entaché de *metus*, à la retranslation de la propriété aliénée par crainte, à la remise de la dette contractée par crainte, à la reconstitution de l'obligation éteinte sous l'empire de la crainte ; le rôle de l'*exceptio metus*, par laquelle on pourra, sans intenter l'action, repousser l'action personnelle ou réelle résultant de l'aliénation ou du contrat entaché du vice ; enfin celui de la *restitutio in integrum* au moyen de laquelle on pourra faire réputer non avenu cet acte, de manière à intenter son action personnelle comme si on n'avait pas fait remise de sa créance, son action réelle comme si on n'avait pas aliéné sa propriété[1], ont obscurci, en matière d'actes juridiques, la physionomie du délit de *metus* et donné aux moyens qui en résultent l'aspect d'un appareil d'instruments de procédure destinés à permettre d'obtenir la résiliation d'un acte juridique entaché d'un vice, soit, si la victime le veut, en attendant les poursuites et en faisant valoir la cause de résiliation par voie d'exception, soit, si elle préfère, en prenant les devants et en la faisant valoir par voie d'exercice de l'action ou de demande au magistrat de la *restitutio in integrum*. Il n'est pas impossible de trouver quelques solutions admises par la doctrine au temps de l'Empire qui se rattachent à ce point de vue : ainsi par exemple la solution selon laquelle, au cas de pluralité d'obligés, la satisfaction fournie par l'un au créancier libère les autres[2], comme dans la *condictio furtiva* et contrairement aux règles non seulement de l'*actio furti*, mais de l'*actio legis Aquiliae*. Cependant l'action a été créée comme une action pénale au sens large, comme une action née d'un délit, et elle en a toujours gardé des traits caractéristiques : ainsi elle est noxale ; ainsi elle ne se donne que pendant une année utile après laquelle elle est remplacée par une action *in factum* au simple ; ainsi elle ne passe pas

1. Cette *restitutio in integrum* était promise dans l'Album du préteur dans un édit spécial qui était distinct de l'édit précédant la formule de l'action *metus* et qui disait, en visant probablement à la fois l'*in integrum restitutio* et l'*exceptio* : *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo* (*D.*, *h. t.*, 1 ; cf. Lenel, *Edictum*, § 39, 1). C'est une question de savoir dans quelle mesure elle était admise à côté de l'exception et, dans la doctrine qui exclut le cumul, à côté de l'action. Pomponius, *D.*, *h. t.*, 9, 3, l'admettait seulement quand l'exception ne suffisait pas. Mais Ulpien dit, *D.*, *h. t.*, 9, 5 : *Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione sed alia liberatione*. On s'est seulement demandé : 1° si le choix est toujours resté aussi complet ; 2° si, dans tous les cas où une action réelle est donnée, elle résulte d'une *in integrum restitutio*. Sur ce second point, MM. Schulin et Appleton soutiennent qu'il s'agit, *D.*, *h. t.*, 9, 4. 6 et *C.*, 2, 19 (20), *De his quae vi*, 3, d'une action Publicienne, mais ce n'est pas démontré pour le second texte et le contraire est à peu près certain pour le premier ; cf. Erman, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 198-201. Quant au premier point, on a bien voulu soutenir soit que l'*in integrum restitutio* aurait été rendue inutile par l'action *metus*, soit qu'elle n'était admise que dans certains cas, ainsi, d'après Schlossmann, dans ceux d'acceptation et de répudiation d'une hérédité déterminées par la crainte. En réalité les textes en parlent en matière d'aliénation, d'extinction d'obligation (*D.*, *h. t.*, 9, 4), d'acceptation ou de répudiation d'hérédité (*D.*, *h. t.*, 21, 5. 6), peut-être de jugement (*Pro Flacco*, 21, 49), sans aucune limitation à ces hypothèses.

2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 14, 15.

contre les héritiers, sauf, depuis l'innovation faite au début de l'Empire dans la mesure de leur enrichissement[1]; ainsi même il se peut qu'elle ait été regardée avant Justinien comme une action purement pénale au sens étroit n'empêchant pas celui qui l'a intentée de demander à être désintéressé par une autre voie, ce qui la mettrait avec l'*in integrum restitutio* et l'exception dans le même rapport que l'action *furti* avec la revendication et la *condictio furtiva*[2].

VI. Dol (*dolus malus*)[3]. — Le dol, l'emploi de manœuvres frauduleuses pour déterminer quelqu'un à faire quelque chose[4], était impuni dans l'ancien droit romain pour des raisons encore meilleures que la *metus*. Dans les actes juridiques, le citoyen pouvait être éclairé contre lui par les avis des personnes dont la présence était requise en droit pour la validité de certains et en fait pour la preuve de tous. De plus et surtout, qu'il s'agît d'actes juridiques ou d'actes matériels, la conscience primitive n'en était probablement pas impressionnée de la même façon que la nôtre : elle y voyait moins une déloyauté déshonorante qu'un bon tour ingénieux, elle trouvait que le dupé n'avait à s'en prendre qu'à lui de ne pas avoir été perspicace.

Mais plus tard, quand la conscience populaire fut devenue plus délicate, quand les actes juridiques furent devenus moins publics et plus

1. Noxalité : *D.*, *h. t.*, 16, 1. — Annalité : *C.*, 2, 19 (20), *De his quae vi*, 4. — Transmissibilité restreinte à l'enrichissement : *D.*, *h. t.*, 16, 2 ; 20.

2. Labéon admettait certainement le cumul de l'exception et de l'action (*D.*, *h. t.*, 14, 9) et il devait donc aussi logiquement admettre le cumul de l'action et de l'*in integrum restitutio*. Au contraire, cette solution était combattue par Julien (*D.*, *loc. cit.*). Le Digeste la représente aussi comme rejetée par Ulpien, *D.*, *h. t.*, *loc. cit.*, pour le cumul avec l'exception et *D.*, *h. t.*, 9, 6, pour le cumul avec l'*in integrum restitutio*. Et on est habitué à considérer l'opinion de Julien comme la doctrine avérée du droit classique. Cependant, le texte fondamental du Digeste, où le cumul de l'action et de l'exception est exclu (*D.*, *h. t.*, 14, 9. 10. 11 = Lenel. 378), est, pour le passage où Ulpien est représenté comme faisant cette exclusion, indubitablement le produit d'une interpolation ; car il suppose en vigueur la procédure du temps de Justinien et non celle du temps d'Ulpien (v. en ce sens, outre Lenel, *loc. cit.*, Eisele, *Z. S. St.*, 13, 1892, p. 119). D'autre part, M. Gradenwitz a découvert un texte d'Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 22, 1 (Lenel, 902) d'après lequel Papinien, qu'Ulpien ne contredit même pas, considérait le bénéfice de l'action *metus* comme étant pour le créancier gagiste (plus exactement pour le fiduciaire) un pur profit, à la ressemblance de la *poena* de l'action *furti* et à la différence du produit de la *condictio furtiva*, d'après lequel il regardait donc, tout comme Labéon, l'action *metus* comme purement pénale. Cela conduit à se demander sérieusement depuis quand la doctrine de Julien, admise par les compilateurs et repoussée par Papinien, et peut-être par Ulpien, a prévalu. Cf. Gradenwitz, p. 34 et ss. ; Wlassak dans Pauly-Wissowa, 1, p. 318. On remarquera qu'en tout cas le cumul ne pèserait que sur celui qui, ayant d'abord été poursuivi par l'action *metus*, aurait payé le quadruple au lieu d'exécuter l'*arbitratus*.

3. *D.*, 4, 3, *De dolo malo*. Cf. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 200-231. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1068-1081.

4. V. les définitions de Servius Sulpicius et de Labéon, *D.*, *h. t.*, 1, 2. Ajouter sur celle d'Aquilius Gallus, Cicéron, *De natur. deor.*, 3, 30, 74.

fréquents, on érigea le dol en délit, comme la *metus*, en créant contre son auteur une action prétorienne *in factum*, l'action *de dolo* qui fut plus tard aussi complétée par une exception et une *in integrum restitutio*. L'action a probablement été créée en 688, par Aquilius Gallus qui fut préteur en cette année. L'exception fut établie peu après. Quant à la *restitutio in integrum*, dont le champ d'application paraît être demeuré toujours fort étroit, on n'en a pas de traces antérieures au temps d'Hadrien [1].

L'action de dol promise par l'édit [2] est, comme l'action *metus*, une action annale [3] et elle est, comme elle, une action arbitraire où le juge ne passera à la condamnation que si le défendeur refuse de fournir au demandeur la satisfaction déterminée par l'*arbitratus* [4]. Mais elle diffère

1. Ici encore on a soutenu que l'*in integrum restitutio* et même l'exception auraient précédé l'action. Mais les textes qui rapportent la création de l'action de dol prouvent précisément qu'elle n'avait été précédée par aucun autre moyen. Ce sont des textes de Cicéron, *De off.*, 3, 14, 60. *De nat. deor.*, 3, 30, 74, qui attestent que l'action de dol (le *De off.* emploie l'expression équivoque : *De dolo malo formulas* ; mais le *De nat. deor.* dit : *Judicium de dolo*) a été proposée dans l'édit (*protulit, protulerat*, disent les deux textes) par C. Aquilius Gallus, que l'on sait avoir été préteur en 688, à la vérité comme président de la *quaestio ambitus* (Cicéron, *Pro Cluent.*, 53, 147), qui fut, à notre sens, probablement chargé de la présidence de cette *quaestio* en même temps que de la préture pérégrine. Or Cicéron dit positivement qu'avant cette préture il n'y avait pas de moyen fondé sur le dol, notamment d'exception. Il raconte, *De off.*, 3, 14, 58-60, l'histoire d'un chevalier romain qui avait acheté une maison sous l'empire du dol et qui, après avoir fait, soit un acte de vente, soit une novation de sa dette du prix, découvrit le dol. Et il dit qu'il lui fallut néanmoins s'exécuter, parce qu'Aquilius *nondum protulerat de dolo formulas*. — L'exception de dol est en plein exercice au temps de Labéon (v. par ex. *D.*, 44, 4, *De d. m. exc.*, 4) et a probablement été introduite peu après l'action, comme il est arrivé en matière de *metus* (p. 426, n. 2). Mais nous avons montré ailleurs que les vestiges de son existence qu'on a cru découvrir avant Aquilius (Plaute, *Rud.*, 4, 3, 24 ; Cicéron, *Ad Att.*, 6, 1, 15 ; *D.*, 44, 4, *De exc. doli*, 4, 33) ne sont que des apparences (*Mélanges*, 1, pp. 84, n. 11, 85, n. 1. V. aujourd'hui dans le même sens, Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 197 et ss.). — Quant à l'*in integrum restitutio*, les seules applications pratiques qu'on en rencontre se rapportent à des dols commis dans des procès (*D.*, 4, 1, *De in int. rest.*, 7, 1 ; *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 33 ; cf. Windscheid, 1, § 118, n. 6) et ne remontent qu'au IIe siècle de l'Empire où elles sont appuyées sur des rescrits d'Antonin le Pieux et d'Hadrien ; cependant sa présence dans l'édit à l'époque d'Hadrien est, à notre sens, établie par l'insertion de l'action de dol dans le titre *De in integrum restitutionibus* de l'édit (*Textes*, p. 144 : Lenel, *Edictum*, § 40) où elle ne peut avoir été appelée que par la *restitutio ob dolum*, comme par exemple l'action *metus* y a été appelée par la *restitutio ob metum*.

2. *D.*, *h. t.*, 1, 1 : *Verba edicti talia sunt : Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur,* [insérez : *intra annum*] *judicium dabo.*

3. Les mots *intra annum* ont été effacés dans l'édit au *D.*, parce que le délai classique d'une année utile a été remplacé par Constantin, *C.*, 2, 20 (21), *De dolo*, 8, par un délai de deux années continues dans lequel l'action devra être intentée et jugée.

4. *D.*, *h. t.*, 18, *pr.* : *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est.* V. encore dans le même sens, *D.*, *h. t.*, 18, 1. 4. 17 ; *Inst.*, 4, 6, 31 et *Bas.*, 6, 3, 18. M. Biondo

de l'action née de la crainte par trois caractères très importants : 1° Elle est au simple au lieu d'être au quadruple : le montant de la condamnation, à défaut d'exécution de l'*arbitratus*, se limite au préjudice causé, ce qui ne veut d'ailleurs pas dire que le défendeur puisse impunément refuser d'exécuter l'*arbitratus* ; car, d'une part, la condamnation est alors ici comme ailleurs déterminée par le demandeur sous la foi du serment et, d'autre part, cette condamnation entraîne pour le défendeur les déchéances groupées sous le nom d'infamie[1]. — 2° A la différence de l'action *metus* qui, comme les autres moyens résultant de la *metus*, est rédigée *in rem*, qui peut être intentée dès lors qu'il y a eu *metus*, non seulement contre ceux qui en ont été les auteurs, mais contre les tiers qui en ont profité, l'action *de dolo*, comme les autres moyens nés du dol, est rédigée *in personam* ; elle ne peut être intentée, pas plus que ces moyens ne peuvent être invoqués, contre d'autres personnes que l'auteur du dol[2]. — 3° Enfin elle est subsidiaire. Le magistrat, qui ne la donne que *cognita causa*, ne l'accorde à la victime du dol qu'à défaut de tout autre moyen de droit[3], ce qui restreint énormément son champ d'application. Cela fait, par exemple, qu'elle ne pourra jamais être intentée par un débiteur engagé sous l'empire du dol à raison du dol de son cocontractant, car ce débiteur a, pour se plaindre, l'action du contrat, dans les contrats de bonne foi, et, pour ne pas exécuter, l'exception, dans les contrats de droit strict ; cela fait encore qu'elle ne pourra être intentée par le créancier lui-même à raison du dol du débiteur dans les contrats de bonne foi, car il a l'action du contrat ; cela fait enfin qu'elle ne pourra être intentée par l'aliénateur qui n'a pas encore livré la chose, en cas d'aliénation déterminée par un dol de l'acquéreur, car il a l'exception de dol pour ne pas exécuter. Au contraire, elle existera seule et pourra donc être intentée, quand l'acte déterminé par le dol d'une personne aura été ou un acte matériel, ou une remise civile de dette faite à cette personne, ou un contrat avec un tiers qu'on doit néanmoins exécuter à raison de l'effet seulement relatif, ou enfin quand le dol aura été commis par le débiteur d'un contrat de droit strict envers son créancier.

La restriction du champ d'application de l'action et la limitation de son montant masquent encore plus pour elle que pour l'action *metus*, le caractère d'action née d'un délit, en lui donnant la physionomie d'une

iondi nie à l'encontre de ces textes le caractère arbitraire de la formule de l'action de dol, aux pp. 78-105 du travail cité, p. 427, n. 2.

1. *Lex Julia*, ligne 111 (*Textes*, p. 87 ; cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 201 ; Ihering, *Faute en droit privé*, 1880, p. 41) ; *D.*, *h. t.*, 1, 4 (n. 3).

2. Cf. par exemple pour la différence de rédaction de l'exception de dol et de l'exception *metus*, Ulpien, *D.*, 44, 4, *De d. m. et m. exc.*, 4, 33.

3. *D.*, *h. t.*, 1, 4 : *Praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni.*

action en indemnité, d'une pièce d'un système organisé pour la résiliation d'actes considérés comme défectueux. Et il y a encore ici des solutions qui procèdent de cette idée. Non seulement, au cas de pluralité d'auteurs du dol, l'action est éteinte contre tous, quand le préjudice est réparé par l'un [1] ; mais sa subsidiarité même implique que le profit ne peut jamais s'en cumuler avec celui d'autres actions réipersécutoires. Cependant l'action de dol elle-même a commencé par être une action pénale au sens large, tendant à obtenir l'amende d'un délit et elle a toujours gardé certains traits qui ne peuvent s'expliquer que par là : ainsi elle est noxale [2] ; ainsi elle n'est donnée que pendant une année utile au bout de laquelle elle est remplacée par une action *in factum* [3] ; ainsi elle ne passe pas contre les héritiers, si ce n'est depuis la réforme du début de l'Empire et seulement dans la mesure de leur enrichissement [4].

VII. ***Fraus creditorum***. — C'est d'un autre délit prétorien que naît l'action Paulienne.

Dans le droit des derniers siècles de la République, le système des XII Tables, selon lequel le débiteur insolvable était mis à mort ou vendu comme esclave à l'étranger, a disparu. Il a été remplacé par l'emprisonnement privé et surtout par l'exécution sur les biens. Les créanciers sont envoyés en possession du patrimoine (*missio in possessionem*) qui, après certaines formalités et au bout d'un certain délai, est vendu en bloc au plus offrant (*venditio bonorum*). Mais l'objet, d'abord de l'envoi en possession, puis de la vente, était le patrimoine tel qu'il était au moment de l'envoi en possession. Jusqu'alors le débiteur en était le maître ; il pouvait faire sur lui tous les actes qu'il voulait, même en sachant qu'il se rendait par là ou insolvable ou plus insolvable, qu'il portait ainsi préjudice aux intérêts de ses créanciers antérieurs. Et ce danger, qui n'avait pas été très à craindre, tant que les conséquences de l'insolvabilité avaient été la mort ou l'esclavage, devint beaucoup plus sérieux quand le débiteur ne fut plus menacé dans sa vie, le fut moins dans sa liberté.

Le préteur est alors intervenu pour mettre une limite à la liberté de

1. *D.*, *h. t.*, 17.
2. *D.*, *h. t.*, 9, 4 *a*. Cf. cependant la distinction de Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 202.
3. *D.*, *h. t.*, 28 : *Conveniens est, ut et in ipso qui dolo commiserit in id quod locupletior esset perpetuo danda sit in factum actio*. Elle est aussi remplacée dès le principe par une action *in factum*, mais alors probablement pour tout le préjudice et non pas seulement pour l'enrichissement à l'encontre de certaines personnes pour lesquelles on veut éviter le caractère infamant de l'*actio doli*, ainsi quand elle est donnée aux descendants contre leurs ascendants, aux affranchis contre leurs patrons, aux personnes de basse condition contre des gens haut placés (*D.*, *h. t.*, 11, 1).
4. *D.*, *h. t.*, 26 ; 28.

frauder les créanciers, comme il en avait mis une à la liberté de peser sur la volonté d'autrui par des menaces ou de la déterminer par dol, et il l'a fait encore par la création d'une action délictuelle. Il a puni la *fraus creditorum*, comme il avait puni le dol et la *metus*. Il a vu un délit dans l'acte par lequel un débiteur crée ou augmente sciemment son insolvabilité et organisé contre les auteurs de ce délit une action correspondant aux actions *de dolo* et *metus*, l'action Paulienne qui, à la ressemblance de l'action *metus* et à la différence de l'action de dol, a fini par pouvoir atteindre non seulement les vrais coupables, le débiteur et ses complices, mais certains tiers qui ont profité du délit sans le connaître ; qui, à la ressemblance de l'action de dol et à la différence de l'action *metus*, est au simple du préjudice causé ; qui, comme toutes deux, est arbitraire et qui, comme toutes deux, est escortée d'un groupe d'autres moyens auxiliaires, non seulement d'une exception et probablement d'une *restitutio in integrum*, mais d'un interdit, l'interdit fraudatoire [1].

1. Les conditions déterminées par l'édit et développées par la doctrine, auxquelles une personne est considérée comme ayant commis le délit de *fraus creditorum*, se rapportent : 1° à l'acte, qui doit être un

1. Les textes relatifs à ces moyens ont été fusionnés pour constituer un moyen unique par les compilateurs, en particulier au titre du *D.* qui est le siège de la matière (*D.*, 42, 8, *Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*). Et c'est de ce fond commun que les anciens auteurs ont tiré leur doctrine de l'action Paulienne encore supposée comme fondement par le bref art. 1167, C. civ. Mais les sources diverses des matériaux peuvent en partie se discerner à l'aide des inscriptions des fragments, en particulier pour ceux des commentaires de l'édit qui montrent les jurisconsultes parlant du moyen unique du droit de Justinien à deux endroits différents, d'abord à celui où ils trouvaient l'édit, p. 435, n. 3, à notre avis relatif à l'action (Ulpien, livre 66 : Lenel, 1450-1454), puis à celui où ils rencontraient l'interdit (Ulpien, livre 73 : Lenel, 1640-1649), par ex. aussi pour les textes extraits du traité des interdits de Venuleius qui naturellement se rapportaient en général à l'interdit. Cette provenance des textes, dont l'observation est évidemment de première importance pour l'étude du système romain, n'est prise en considération qu'accidentellement dans les monographies un peu anciennes parmi lesquelles il suffira de citer l'article de von Schey, *Z. R. G.*, 13, 1878, pp. 120-195. Au contraire elle est, avec des nuances et des diversités d'interprétation, prise pour base dans tous les travaux récents parmi lesquels nous citerons surtout ceux de MM. Lenel, *Ed.*, §§ 225 et 268 (très différents, dans la 1re éd. allemande d'une part et de l'autre la trad. française et la 2e éd. allemande). *Strassburger Festgabe, f. Schulze*, 1903, pp. 1-23 ; Ubbelohde dans Glück, série de livres 43-44, 1, 1889, p. 167 et ss., 2, 1890, p. 364 et ss. ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1400-1410, et S. Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti*, 1902, et *B. Ist D. R.*, 15, 1903, pp. 127-168. On remarquera que les renseignements relatifs aux divers moyens tirés de la fraude, et en premier lieu à l'action Paulienne, peuvent parfois être utilement complétés par ceux relatifs à deux actions parallèles, l'*actio Fabiana* et l'*actio Calvisiana*, données à raison d'actes commis en fraude, non pas du droit des créanciers sur le patrimoine du débiteur, mais de celui du patron sur la succession de l'affranchi (*D.*, 38, 5, *Si quid in fraudem patroni factum sit*; *Frag. de formula Fabiana*, *Textes*, pp. 454-456).

acte d'appauvrissement[1]. Il faut que le débiteur se soit appauvri et n'ait pas simplement omis de s'enrichir[2]. En revanche l'acte peut, sauf quelques exceptions concrètes[3], être un acte d'appauvrissement quelconque. Ce peut aussi bien être une augmentation du passif, résultant de la constitution d'une nouvelle dette, qu'une diminution de l'actif résultant d'une aliénation. Il n'a pas besoin même d'être un acte positif ; ce peut être une simple abstention, l'omission d'exercer une action temporaire, d'interrompre une usucapion[4] ; — 2° au débiteur (*decoctor*, *fraudator*), qui doit avoir été *conscius fraudis*. Il faut qu'il ait volontairement créé ou augmenté son insolvabilité, ce qui implique deux éléments, un élément matériel, l'*eventus damni*, qui n'existera que quand il est devenu en fait insolvable, quand il se trouvera en état de cessation de paiement attesté par la *missio in possessionem*[5], et un élément intentionnel, le *consilium fraudis*, qui n'est d'ailleurs pas l'intention décidée de faire tort aux créanciers, mais simplement la conscience de créer ou d'augmenter son insolvabilité par l'acte[6] ; — 3° enfin, dans l'hypothèse la plus pratique, où on agit contre le tiers qui a bénéficié de l'acte, à ce tiers, qui doit aussi être *conscius fraudis*[7]. L'édit sur l'action Paulienne exigeait cette complicité de sa part sans distinction[8] ; mais la doctrine

1. *D.*, *h. t.*, 6, *pr.* : *Pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.*

2. En conséquence l'édit ne s'applique ni quand le débiteur répudie une hérédité (*D.*, *h. t.*, 6, 2), car à Rome, il n'en serait devenu propriétaire que par l'acceptation, ni quand il répudie un legs (*D.*, *h. t.*, 6, 4), dont pourtant le bénéfice lui est acquis depuis l'adition d'hérédité, mais dont probablement on considère que l'acquisition n'est définitive qu'après son acceptation. Notre droit moderne, où les principes sont différents, admet une solution inverse, C. civ., art. 788.

3. Ainsi l'action n'est pas admise contre les affranchissements, qui en revanche donnent lieu à l'application de la loi Aelia Sentia (p. 124, n. 3) ; contre les aditions d'hérédité (*D.*, 42, 6, *De sep.*, 1, 5) ; contre les paiements de dettes échues faits par le débiteur à un de ses créanciers (*D.*, *h. t.*, 6, 7) ; on donne au contraire aux créanciers le droit d'agir, mais seulement pour l'escompte (*interusurium*), au moins par l'interdit fraudatoire, quand le débiteur a payé avant l'échéance (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 12 = Lenel, 1644).

4. *D.*, *h. t.*, 3, 1 ; 4.

5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 1 (Lenel, 1640) : *Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt.* Le texte est relatif à l'interdit fraudatoire ; mais l'édit sur l'action Paulienne, qui donne l'action au *curator*, implique aussi que la *missio in bona*, sinon la vente, a eu lieu.

6. Julien, *D.*, *h. t.*, 17, 1 : *Quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intellegendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse.*

7. L'exigence se trouve également dans l'édit sur l'action Paulienne (p. 435, n. 1) : *Cum eo qui fraudem non ignoravit*, et dans celui sur l'interdit fraudatoire (p. 436, n. 2) : *Sciente te.*

8. Tout au moins le développement a été un développement doctrinal pour l'action personnelle (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 6, 11 = Lenel, 1452). — Au contraire, il nous est présenté pour l'interdit fraudatoire comme ayant été réalisé dans une phrase finale (p. 436, n. 2), qui subordonne l'extension à un examen du magistrat

a fait à ce sujet une distinction entre le cas où l'acte auquel il a procédé était un acte à titre gratuit et celui où c'était un acte à titre onéreux [1] ; elle exige bien toujours, pour le soumettre aux poursuites, sa complicité au moment de l'acte, quand cet acte est un acte à titre onéreux, où le tiers est aussi intéressant que les créanciers, lutte comme eux pour éviter une perte (*certat de damno vitando*), mais au contraire elle le considère comme complice même sans cela, quand l'acte est un acte à titre gratuit, qu'il lutte pour faire un gain (*certat de lucro captando*) et que par suite il se rend coupable après coup en voulant garder ce gain gratuit en face de créanciers qui essaient d'éviter une perte. Et, une fois le raisonnement fait, on l'a étendu, croyons-nous, avec la même distinction aux sous-acquéreurs dont les auteurs étaient passibles de la poursuite [2].

2. La réunion de ces conditions donne ouverture aux moyens nés de la fraude, dont le rapport chronologique, les domaines respectifs et la liste même sont controversés. Le principal est, à notre sens, l'action personnelle que les Romains paraissent avoir déjà appelée l'action Paulienne [3]. Sans parler de l'exception, peu mentionnée dans les textes et

(*interdum causa cognita*) et qui a dû être ajoutée après coup à cet interdit, si on le considère avec nous comme antérieur à l'action (p. 436, n. 3).

1. Cela a même donné une nouvelle importance à la distinction des actes à titre gratuit ou onéreux, par exemple pour la constitution de dot, qui est une acquisition à titre onéreux pour le mari, mais dont le caractère est discuté au regard de la femme (*D.*, *h. t.*, 25, 1.2).

2. C'est ce qui nous semble résulter de *D.*, *h. t.*, 9, où l'action n'est considérée comme exclue par l'aliénation que quand le sous-acquéreur est un acheteur de bonne foi. D'après ce texte même, l'acquéreur originaire de mauvaise foi reste tenu après l'aliénation. Mais son sous-acquéreur devient tenu à côté de lui, s'il est au courant de la fraude ou s'il est un acquéreur à titre gratuit. Et même logiquement l'action doit, aux mêmes conditions, continuer à s'étendre à de nouveaux sujets passifs à chaque nouvelle aliénation.

3. Le seul texte classique, qui donne son nom, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 38, 4 : *In Fabiana quoque actione et Pauliana per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur*, atteste son caractère d'action personnelle : car c'est pour les actions personnelles qu'il étudie la restitution des fruits : *Videamus generali quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant* (*D.*, 22, 1, *De usur.*, 38, *pr.*). Elle est arbitraire, comme les actions *metus* et *de dolo* et elle est aussi, comme elles, *in factum*, d'après l'analogie de l'*actio Fabiana* de laquelle Paul la rapproche là (*fr. de form. Fab.*, 1 : *Et est in fa[ctum et ar]bitraria*). C'est aussi elle que vise, à notre avis et d'après l'opinion dominante, l'édit rapporté par Ulpien (*D.*, 42, 8, *Quae in fraud.*, 1, *pr.* = Lenel, 1450) : *Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.* A la vérité, l'existence même de cette action est niée par M. Lenel qui, après avoir, dans son édition allemande, contesté l'existence de la *restitutio in integrum* pour n'admettre que l'action personnelle et l'interdit, n'admet plus aujourd'hui que l'*in integrum restitutio* et l'interdit, en rapportant l'édit précité à l'*in integrum restitutio* et le nom d'*actio Pauliana* du fr. 38, 4, *D.*, *De usuris*, à l'action arbitraire donnée en vertu de l'interdit fraudatoire. Mais M. Solazzi nous paraît avoir réfuté ce système en démontrant, d'une part, que l'édit du fr. 1 ne peut être relatif à l'*in integrum restitutio* parce qu'il donne son moyen

simple conséquence du développement régulier par lequel on a déduit partout de l'action en répétition le droit de ne pas exécuter [1], elle a, croyons-nous, été précédée chronologiquement par l'interdit fraudatoire [2], qui était moins avantageux en ce qu'étant un interdit destiné à faire obtenir la possession (*adipiscendae possessionis*), il ne pouvait à l'origine servir qu'à réclamer des choses corporelles [3] et qui a été fondu avec elle dans les compilations de Justinien, et elle a été ensuite complétée par l'*in integrum restitutio*, qui avait sur elle quelques avantages accessoires et qui ne semble d'ailleurs pas avoir eu ici une grande fréquence d'application [4]. Elle a été créée par un préteur ignoré du nom de

contre le *fraudator* lui-même (p. 437, n. 3) contre qui une *restitutio in integrum* serait un non-sens (v. aussi chez Paul, *D.*, *h. t.*, 7 : Lenel, 741, des règles différentes de celles suivies en matière de *restitutio in integrum*), et d'autre part, que l'*actio Pauliana* du fr. 38, 4, ne peut être l'action consécutive à l'interdit, parce que ce fr. prescrit d'y rendre tous les fruits, tandis qu'on ne les rend pas tous sur l'interdit (p. 438, n. 2).

1. *D.*, 42, 5, *De rebus auct.*, 25 : *Ait praetor : Quod postea contractum erit, quam is cujus bona venierint consilium fraudandorum creditorum ceperit* (Mommsen ; le ms. : *receperit*), *fraudare sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.*

2. L'édit sur l'interdit fraudatoire, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, *pr.* = Lenel, 1640, portait : *Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te, in bonis quibus de* (supprimez *ea re*) *agitur, fecit : ea illis, quos eo nomine, quo de agitur ex edicto meo in possessionem ire esse oportet* (*D. : illis, si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet* ; mais cf. *D.*, 46, 3, *De solut.*, 96, *pr.*, et *C. Th.*, 2, 16, *De integ. rest.*, 1, qui paraissent impliquer un droit individuel des créanciers), *et si non plus quam annus est, cum de ea re qua de agitur experiundi potestas est, restituas. Interdum causa cognita et si scientia non sit interdicam et sponsionem restipulationemque facere permittam.* Ainsi que l'a vu M. Gradenwitz, *Z. S. St.*, 8, 1887, p. 255 et ss., les mots *in factum actionem permittam* par lesquels finit le texte actuel ont été mis par une interpolation des compilateurs à la place de la clause relative à la procédure de l'interdit : *interdicam*, etc., ce qui supprime les systèmes fondés sur la prétendue *actio in factum* donnée contre les tiers de bonne foi.

3. Il y a sur la combinaison de l'interdit fraudatoire et de l'action Paulienne de nombreux systèmes. Leur concomitance s'explique, suivant nous, de la manière la plus naturelle par l'antériorité de l'interdit complété ensuite par l'action plus large. Il garda peut-être depuis l'avantage d'une rapidité plus grande tenant à ce que le système des jours judiciaires se serait appliqué aux actions et non aux interdits (Ubbelohde, 2, p. 364) ; peut-être aussi l'interdit était-il donné à chacun des créanciers (n. 2), tandis que l'action ne pouvait être intentée que par le *curator* ou un représentant de la masse. En tout cas, nous croyons inacceptable la doctrine de Dernburg (Dernburg-Sokolowski, § 399), selon laquelle l'interdit fraudatoire, accompagné de l'*in integrum restitutio* et de la prétendue *actio in factum* complémentaire (n. 2), s'appliquerait seul à la *venditio bonorum* et l'action personnelle de *D.*, *h. t.*, 1 (p. 435, n. 3), c'est-à-dire l'action Paulienne, aurait été faite pour la procédure récente de *distractio bonorum* introduite par des sénatus-consultes du temps de l'Empire. En dehors d'autres objections, cette action est expressément rattachée à la *venditio bonorum* par *D.*, *h. t.*, 6, 14, et il nous semble très douteux que l'édit se soit jamais occupé de la *distractio bonorum*.

4. L'existence de cette *restitutio in integrum* n'est guère attestée que par les *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 6, où les anciens interprètes voyaient une prétendue action

Paulus et existe certainement au temps de Cicéron [1].

Elle a pour sujet actif la masse des créanciers, qui sont représentés normalement par un administrateur que nomme le préteur, par le *curator bonorum* [2]. L'action étant possible seulement quand l'insolvabilité est prouvée par la *missio in possessionem* et aboutissant à faire rentrer dans la masse des valeurs qui en sont injustement sorties, les créanciers se trouveront en profiter tous, même quand ils seront postérieurs à l'acte attaqué et n'en auront donc pas souffert.

Quant au sujet passif, l'action Paulienne peut, avons-nous vu, être intentée non seulement contre le débiteur contre lequel elle n'a pas grand intérêt pratique [3], mais surtout contre les tiers, par exemple, à condition que les éléments du délit se soient trouvés chez les intermédiaires, contre tous les détenteurs successifs de la chose aliénée (p. 435, n. 2), sans d'ailleurs que cela empêche plus l'action d'être une action personnelle qu'en matière de *metus*.

Enfin, quant à son objet, c'est une action arbitraire, dans laquelle on passera à la condamnation pécuniaire seulement si le défendeur n'exé-

Paulienne réelle, où d'autres, par exemple Vangerow, 1, § 177, p. 301, ont voulu voir une action *in rem* donnée à la suite d'une *in integrum restitutio ob dolum* et où il s'agit plus exactement d'une *in integrum restitutio ob fraudem*, que M. Lenel croit aujourd'hui avoir été promise par le préteur dans l'édit du fr. 1, *D.*, *h. t.* (p. 435, n. 3), que nous croyons au contraire avoir été promise par lui dans une disposition perdue du titre *De in integrum restitutionibus* (sur un vestige conservé à notre sens dans les abréviations de l'édit antérieur à Julien rapportées par Probus, 5, 12-13, v. Girard, *Mélanges*, 1, pp. 186-187. 194-195). Ici encore on a soutenu, par exemple Dernburg, p. 846, que la *restitutio* ou tout au moins la *vindicatio utilis* serait le moyen le plus ancien ; mais il nous paraît plus conforme aux vraisemblances générales résultant de ce qu'on voit partout ailleurs l'*in integrum restitutio* venir après l'action (p. 426, n. 2 ; p. 430, n. 1) d'y reconnaître une formation complémentaire, destinée à compléter l'action personnelle, par exemple dans le cas déjà cité p. 426, n. 2, où, par suite de l'insolvabilité du défendeur, l'action personnelle ne ferait obtenir qu'un dividende.

1. C'est d'elle que parle, à notre sens, Cicéron, *Ad Att.*, 1, 1, 1, 3 : *Caecilius... a P. Vario cum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum ejus fratre A. Caninio Saturo de eis rebus, quae eum dolo mancipio accepisse de Vario diceret.* Dernburg, p. 846, n. 3, rapporte ce texte à l'*in integrum restitutio.* Mais il prouverait alors néanmoins l'existence de l'action, puisque l'*in integrum restitutio* apparaît partout seulement après l'action. L'opinion émise par M. Lenel, *Ed.*, 2, p. 177, n. 11, et plus rapidement *Edictum*, p. 420, n. 2, selon laquelle il s'agirait là de l'interdit nous semble en désaccord avec le langage de Cicéron.

2. Il y avait probablement, sous ce rapport, une différence entre l'interdit fraudatoire et l'action Paulienne. Cf. p. 436, n. 2.

3. C'est, nous paraît-il, en dépit de la contestation de M. Lenel, cette action qu'établit la clause finale de l'édit du *fr.* 1, *D.*, *h. t.* (p. 435, n. 3) : *Idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo* ; car l'application du moyen de cet édit contre le *fraudator* lui-même, concevable pour une action et non pour une *in integrum restitutio* (p. 435, n. 3), est, en dehors d'arguments plus délicats que l'on trouvera chez M. Solazzi, *Bull.*, pp. 129-143, attestée par le fragment de Marcellus, *D.*, *h. t.*, 12 : Lenel, 204, relatif à son application contre le père quand le fils a agi en fraude des créanciers du pécule.

cute pas l'*arbitratus* du juge [1], mais où l'objet de l'*arbitratus* et le montant corrélatif de la condamnation se détermineront différemment selon que le défendeur sera de bonne foi ou complice de la fraude, utile par conséquent à prouver à ce point de vue, même en face d'un acquéreur à titre gratuit : au cas de complicité, il devra réparer tout le préjudice, et, au cas de bonne foi, il devra seulement rendre son enrichissement [2].

Du reste, comme en matière de *metus* et de dol, l'action, même quand elle tend dans le principe à la réparation intégrale du préjudice, se trouve réduite au montant de l'enrichissement, d'abord par l'expiration d'une année utile depuis le moment où on a eu le pouvoir d'agir [3], ensuite par la mort de la personne qui en était tenue [4]. L'action Paulienne est, comme les actions nées du dol et de la crainte, temporaire et intransmissible contre les héritiers au delà de leur enrichissement, parce qu'elle a été créée comme action pénale [5]. En revanche le point de vue réipersécutoire a fait exclure ici la noxalité [6]. Il a aussi sans doute pré-

1. Les textes qu'on invoque ordinairement dans ce sens se rapportent pour la plupart à la *formula arbitraria* donnée en vertu de l'interdit fraudatoire (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 14 = Lenel, 1644 ; Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 19-22 = Lenel, 1647) ; mais son caractère arbitraire, vraisemblable en lui-même, résulte de celui de l'*actio Fabiana* symétrique, qui est attesté par un texte formel (*fr. de form. Fab.*, 1, *Textes*, p. 454 ; cf., *D.*, 38, 5, *Si quid in fraud. patr.*, 5, 1).

2. Tiers complice : Paul, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 38, 4 : *Praetor id agit ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset.* Tiers de bonne foi : *D.*, *h. t.*, 6, 11. — Le point de savoir dans quelle mesure la restitution due par le tiers complice s'étend aux fruits intérimaires est tranché nettement par *D.*, 22, 1, *De usuris*, 38, 4, qui, en dépit de corruptions certaines, implique clairement que le défendeur doit rendre les fruits antérieurs à la *litis contestatio* ; car non seulement il dit, à leur sujet, que tout doit être comme s'il n'y avait jamais eu d'aliénation (*praetor id agit ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset*), mais il règle leur restitution en assimilant l'action Paulienne à l'action Fabienne où le défendeur doit les fruits passés d'après *D.*, 38, 5, *Si quid in fraudem patroni*, 2. Cf. Solazzi, *Bull.*, pp. 154-160. C'est une différence avec l'interdit où le défendeur ne doit, parmi les fruits antérieurs à la *litis contestatio*, d'après une clause dégagée par Lenel, *Edictum*, p. 479 (*Ed.*, 2, p. 247), que les fruits *qui alienationis tempore fundo cohaeserunt* (Venuleius, *D.*, *h. t.*, 25, 4. 5 ; Lenel, 27). Un autre texte d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 20 (Lenel, 1647), qui appartient au commentaire de l'interdit, donne droit à tous les fruits que le défendeur a perçus et aurait dû percevoir, soit en ne voulant viser que les fruits postérieurs à la *litis contestatio* (en ce sens Ubbelohde, 1, p. 256, n. 40), soit en exposant par une digression ou une interpolation les règles de l'action à propos de l'interdit (en ce sens Solazzi, *Revoca*, p. 180).

3. *D.*, *h. t.*, 6, 14 (action) ; 10, 18. 24 (interdit).

4. *D.*, *h. t.*, 11 (à la vérité relatif à l'interdit).

5. On peut, en faveur de ce caractère délictuel, invoquer encore le rapprochement de l'*actio Fabiana* parallèle, pour laquelle le *fr. de form. Fab.*, 1 (*Textes*, p. 456) parle, dans un passage mutilé, de délivrance de la formule *quasi ex delicto venerit liberti*. Cf. les objections à notre avis sans force probante dirigées contre le caractère délictuel des actions Fabienne et Paulienne, par M. Biondo Biondi, *Studi sulle a. arbitrariae*, 1913, pp. 165-168 et 172-179.

6. C'est ce qui paraît résulter de *D.*, *h. t.*, 6, 12. En revanche, ce texte ne prouve pas que l'action Paulienne ait été donnée *de peculio*, *quod jussu*, etc., comme action *adjecticiae qualitatis* en forme, pas plus que les textes symétriques qu'on rencontre en matière d'*actio Fabiana* : les uns et les autres peuvent s'en-

valu pour faire admettre qu'au cas de pluralité d'auteurs l'action ne se donnerait pas cumulativement contre eux et il n'y a pas d'indice qu'on ait pu en réunir le profit à celui de l'interdit ou de l'*in integrum restitutio*.

VIII. Autres délits. — Le vieux droit civil, le droit prétorien et même, quoique beaucoup plus rarement, le droit impérial [1] ont érigé beaucoup d'autres faits en délits réprimés par une créance d'amende donnée contre leur auteur à leur victime. Il serait superflu et presque impossible de faire ici de ces délits une énumération complète. Nous nous bornerons à deux observations destinées à faire ressortir le lien historique qui rattache à la matière des délits beaucoup des créances qui ont pris dans le développement juridique un tout autre aspect.

1. Le vieux droit civil et en particulier le droit des XII Tables ne présentent pas seulement des actions punissant de peines fixes ou à évaluer par le juge des faits qui sont toujours restés considérés comme de purs délits, ainsi qu'étaient par exemple, à côté des actions *furti* et *injuriarum*, l'*actio de arboribus succisis* en paiement d'une amende de 25 as par arbre coupé [2] et les actions qu'on nous dit avoir été abrogées par la loi Aquilia (p. 420, n. 4). Il en présente aussi qui sanctionnent sur le terrain délictuel, ordinairement par la peine uniforme du double, des rapports plus tard sanctionnés en dehors de toute idée de peine, comme rapports contractuels ou quasi-contractuels ; il suffira de rappeler les actions au double données d'après la loi des XII Tables en matière de garantie d'éviction, de défaut de contenance de la chose vendue, de tutelle et de dépôt [3].

2. Le même phénomène se répète pour l'édit du préteur, plus largement pour les édits des magistrats. L'édit du préteur a érigé en délits de nombreux faits qu'il a réprimés à l'aide d'actions *in factum*, ainsi d'innombrables infractions de procédure, ainsi aussi d'autres faits illicites laissés impunis par le droit civil et qu'il a jugé appeler une répression, par exemple la corruption de l'esclave d'autrui réprimée par

tendre de l'*arbitratus judicis*. Cf. *N. R. H.*, 1899, p. 695 et ss. — Les termes employés par Ulpien, *D.*, 38, 5, *Si quid in fr.*, 1, 24, pour écarter, au cas de libéralité frauduleuse faite à un esclave, l'action Fabienne contre lui après son affranchissement, portent à se demander si l'action Paulienne née de l'acte de l'esclave complice n'a pas dû d'abord être donnée, comme noxale, contre son maître pendant sa servitude et, comme directe, contre lui après son affranchissement.

1. C'est par exemple, au fond des choses et quoiqu'il déclare fonder une *condictio ex lege*, ce qu'a fait Justinien en créant l'action au triple des *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 24.

2. Paul, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 28, 6 ; Gaius, 4, 11 ; Pline, *N. H.*, 17, 1, 7. Cf. p. 409, n. 2.

3. Nous avons déjà rencontré les actions *rationibus distrahendis* (p. 221, n. 2), *auctoritatis* (p. 294, n. 2), *de modo agri* (p. 294, n. 3). Nous trouverons plus loin l'action de dépôt au double des XII Tables (*Coll.*, 10, 7, 11).

l'*actio servi corrupti* au double [1], les fraudes commises par un affranchi à l'encontre des droits successoraux de son patron réprimées par les actions *Fabiana* et *Calvisiana* symétriques à l'action *Pauliana*, d'autres faits qu'il a jugé mal punis par le droit civil et pour lesquels il a établi une répression différente, ainsi le fait de couper les arbres d'autrui pour lequel il a mis l'action *arborum furtim caesarum* à la place de l'action civile de *arboribus succisis* [2], comme il a mis l'action d'injures estimatoire à la place de l'ancienne action d'injures. Les édiles curules ont fait de même, par exemple dans la disposition de leur édit qui punit celu qui a des bêtes féroces dans le voisinage de la voie publique [3]. Mais parmi les faits que le magistrat a ainsi envisagés d'abord sous le rapport pénal, il y en a encore beaucoup que le développement de droit a fait ensuite considérer sur un autre terrain comme générateurs de droits étrangers à l'idée de délit. C'est l'idée de peine qui a été le fondement des actions édiliciennes relatives à la garantie que nous retrouverons en matière de vente. C'est encore en partant de l'idée de peine d'un acte malhonnête que le préteur a sanctionné ce qu'on a plus tard appelé les pactes prétoriens, le constitut, par exemple ; qu'il a aussi dans son édit promis des actions *in factum* à raison de rapports juridiques qui ont plus tard été considérés comme la source d'actions civiles *in jus*, directes et contraires, ainsi du dépôt, du commodat, comme tout le monde le sait, mais aussi, montrerons-nous, du gage, de la fiducie, du mandat, de la gestion d'affaires, etc. Celui qui méconnaîtrait ces faits ne se rendrait pas un compte exact de l'importance précise qu'a eue le système des délits privés dans l'histoire du droit romain.

CHAPITRE II. — CONTRATS.

Dans le droit moderne où, sauf de rares exceptions, la convention est munie d'action, est obligatoire par le simple accord des volontés, le contrat et la convention se confondent. Il suffit, pour qu'il y ait contrat, que le créancier et le débiteur se soient entendus, soient arrivés à un accord de volontés. En droit romain, comme dans la plupart des législations

1. *D.*, 11, 3, *De servo corrupto*.
2. V. sur cette action prétorienne, qui, à la différence de l'action civile des XII Tables, se rapporte non seulement aux *arbores succisae*, mais aux trois faits d'*arbores furtim cinxisse, subsecuisse, cecidisse* (*D.*, *h. t.*, 7, 4), et qui a pour objet, au lieu de la peine fixe de 25 as, une indemnité égale au double du préjudice (*D.*, *h. t.*, 7, 7), Lenel, *Edictum*, § 139.
3. *Inst.*, 4, 9, *Si quadrupes*, 1.

un peu archaïques, c'est le contraire : la convention (*conventio, pactum, placitum*) n'est pas, en principe, génératrice d'obligations. Il y a quelques exceptions dans le droit nouveau. Il n'y en a pas dans le droit le plus ancien. Une règle, qui n'a jamais été abrogée, à laquelle on a seulement apporté avec le temps des dérogations de plus en plus nombreuses, mais qui n'en comportait pas au début, déclare la simple convention impuissante à faire naître une action, à créer un lien de droit [1].

Pour qu'elle devienne obligatoire, il faudra qu'elle soit incorporée dans une solennité juridique ayant la vertu de la transformer en contrat, qu'elle prenne une forme légale qui la munisse d'action. Et il est même fort possible que le droit romain n'ait pas, dès son début, offert de procédés pour la transformation de toutes les conventions en contrats. Mais, sinon de toute antiquité, au moins dès une époque fort reculée, il en a présenté quelques-uns dont l'ensemble constituait un système assez complet : 1° d'abord le *nexum*, vieux contrat *per aes et libram*, correspondant à l'aliénation *per aes et libram*, qui est l'emploi du métal et de la balance à la formation d'une obligation comme la mancipation est leur emploi à la translation de la propriété, où, comme dans la mancipation, la pesée a dû d'abord être réelle, puis devenir fictive et qui, dans la première période, ne pouvait donc servir qu'à réaliser des prêts, mais qui, dans la seconde, pouvait tout au moins faire naître des obligations de sommes d'argent venant de causes quelconques ; 2° puis le contrat verbal, peut-être plus récent, dont le type est la stipulation, où la solennité, consistant dans une interrogation du créancier et une réponse du débiteur, peut, au moins en raison, s'adapter à toutes les promesses possibles ; 3° enfin le contrat littéral, où la solennité consiste dans une inscription faite sur un registre par le créancier du consentement du débiteur.

A l'aide de ces instruments, qui ne sont pas tous d'un usage également étendu, dont le plus compréhensif et le mieux connu est la stipulation, les citoyens ont pu, dès une époque assez précoce, rendre leurs principaux arrangements obligatoires. Le simple accord de volontés n'a pas de valeur juridique ; mais on peut lui en donner une en l'enchâssant dans les formes d'un des contrats solennels. C'est le système du formalisme qui a commencé, croyons-nous, par dominer exclusivement, à Rome, en matière de contrats comme en matière de droit de famille, comme en matière d'acquisition de la propriété. Et cela pour une raison très simple, pour la même raison qui fait que le mariage avec *manus* a commencé par être le seul mariage, que la propriété a commencé par ne pouvoir être transférée que par les modes du droit civil : parce que

1. Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 7, 4 : *Nuda pactio obligationem non parit.* Paul, *Sent.*, 2, 14, 1 : *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur.*

les contrats formels, qui ont eux-mêmes eu besoin d'être créés, dont la reconnaissance progressive a été, verrons-nous, pour chacun le résultat d'un mouvement distinct [1], existaient alors déjà plus ou moins complètement, tandis que l'idée qu'un lien juridique pût être établi sans formes, l'idée de contrat non formel n'était pas encore née.

Cela produisait un régime surprenant pour nos habitudes d'esprit, mais qui ne s'accommodait sans doute pas trop mal aux besoins des premiers Romains [2]. Le système où l'on ne peut être obligé que par l'accomplissement d'une solennité légale a ses avantages, les avantages de précision, de certitude, qu'on a depuis longtemps relevés comme ceux du formalisme. — Au point de vue de la preuve, qui à Rome est longtemps restée par excellence une preuve testimoniale, les témoins se rappelleront mieux une formalité concrète que la conclusion d'un débat souvent long et confus. — Au point de vue de la conclusion même du contrat, la nécessité de recourir à une formalité pour s'obliger éveillera l'attention des parties, leur assurera comme temps de réflexion le délai, bref ou long, qui séparera le moment de l'accord des volontés de celui de la formation du contrat [3]. — Enfin et surtout, au point de vue de l'exécution judiciaire, le système où l'obligation naît non pas d'une expression de volonté plus ou moins transparente, mais de l'accomplissement d'une solennité, simplifie et précise singulièrement la tâche du juge en faisant dépendre non pas d'interprétations divinatoires ou d'appréciations variables d'équité, mais de faits matériels patents, le point de savoir, d'abord s'il y a contrat, puis quel est l'objet de ce contrat. Quant au premier point, la question, si délicate dans le système des conventions obligatoires, de savoir si on est sorti de la phase des pourparlers et arrivé à celle de l'accord des volontés, ne se pose même pas : il y a eu contrat, si la solennité a été accomplie, si dans le contrat verbal les paroles ont été prononcées ; sinon, il n'y en a pas eu. Quant au second, c'est le contrat même qui indique à quoi le débiteur est tenu envers le créancier sans

1. C'est donc seulement afin de simplifier notre exposition que nous prenons ici le formalisme comme point de départ. Nous indiquerons, en étudiant chaque contrat formel, les conditions historiques dans lesquelles il s'est constitué. A notre sens, le *nexum* est, comme la mancipation, un acte concret devenu progressivement un acte formel, tandis que le contrat verbal et le contrat littéral ont, comme l'*in jure cessio*, toujours été des actes artificiels. Cf. en général, sur les origines des actes formels, Pernice, *Z.* de Grünhut, 7, 1880, pp. 492-493.

2. L'exposition classique du formalisme romain, notamment en matière de contrats, est celle présentée par de Ihering, *Espr. du Dr. R.*, 3, pp. 156-255 ; v. en particulier les pp. 156-201 et cf. les pp. 136-142.

3. C'est ainsi, a-t-on dit, que, dans le mariage moderne, les futurs époux ont, pour réfléchir, tout le temps qui s'écoule entre le projet de mariage arrêté et la célébration du mariage ; que, pour un acte important, les parties, faisant volontairement ce qui résulte à Rome de la loi, pourraient, une fois les clauses de la convention arrêtées, convenir d'en dresser un acte notarié en se réservant la faculté de se raviser jusque-là.

que le juge puisse y rien ajouter ni en rien retrancher : ce sont les parties qui ont fait leur contrat. Le juge n'a pas à le refaire. Il n'a qu'à chercher s'il existe et ce qu'il dit. Le contrat formel est un contrat de droit strict (*stricti juris*), d'interprétation rigoureuse. Et c'est précisément pour cela que le créancier est sûr d'y obtenir tout ce qu'il s'est fait promettre, le débiteur de n'y être tenu qu'à ce à quoi il s'est engagé.

A la vérité, ces avantages impliquent des inconvénients corrélatifs. Toute forme implique une gêne, un retard, le temps petit ou grand exigé par son accomplissement, le dérangement nécessaire, sauf dans le contrat littéral, pour rassembler les deux parties au même lieu. D'autre part, la rigueur d'interprétation, qui est une garantie contre l'arbitraire du juge, permet des surprises au préjudice du créancier, qui pourra seulement exiger ce qu'il aura eu soin de se faire promettre expressément, sans indemnité du retard ni de la mauvaise foi apportée par le débiteur à l'exécution de son engagement [1] ; elle en permet d'autres au préjudice du débiteur, qui ne pourra se soustraire à l'exécution d'un engagement inconsidéré, en prouvant qu'il l'a pris par erreur, qu'il l'a pris même sous l'empire de la tromperie ni de la crainte, obtenir un délai en prouvant qu'il aurait besoin de quelques jours de répit pour l'accomplir. Mais ces inconvénients ont commencé par n'être guère sensibles. La gêne résultant des formes n'était pas aperçue à l'époque où, chaque chef de famille suffisant normalement aux besoins de sa maison, les contrats étaient des actes rares, auxquels on avait le temps de se préparer à loisir. La même raison permettait aux deux parties d'y réfléchir mûrement, au créancier d'y tout spécifier, au débiteur de ne s'y engager qu'à bon escient. On peut aussi dire que les surprises qui nous semblent immorales, les duretés qui nous paraissent révoltantes blessaient infiniment moins la conscience peu délicate des premiers âges. Et c'est ainsi que ce système a pu subsister durant des siècles, sans qu'on y aperçût d'imperfections saillantes.

Mais un jour est venu où les choses ont changé, où, par suite de l'agrandissement de l'État, des progrès de la civilisation romaine, les inconvénients du régime sont devenus plus graves et plus sensibles. Le développement du commerce, qui multiplia les transactions, qui imposa la nécessité de les faire vite, a rendu plus gênante la dépense de temps petite ou grande qu'entraînait le formalisme. L'extension du territoire,

1. V. par exemple Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 91, *pr.*, pour l'esclave promis, mort faute de soin : *Qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.* C'était au créancier d'être prévoyant, de se faire promettre non seulement que le débiteur lui livrerait l'esclave, mais qu'il en aurait soin jusque-là. De même, si le débiteur ne s'exécute qu'après de longs retards, le créancier ne pourra pas en vertu du contrat lui demander d'intérêts moratoires : c'eût été à lui d'être plus prévoyant, de se faire promettre non seulement la chose, mais une *poena* pour le cas de retard.

les guerres plus longues, les voyages plus lointains ont surtout rendu plus pénible l'exigence de la présence des parties, en particulier dans le contrat verbal. Et alors les inconvénients de fond frappèrent davantage une conscience publique plus raffinée. On ouvrit les yeux sur le caractère choquant d'un système qui ne tient compte que de la lettre du contrat, où le créancier dupé n'a pas de recours contre la fraude du débiteur, où le débiteur est livré à la fois à la fraude et à l'inhumanité du créancier.

Ces considérations amenèrent, dans les derniers siècles de la République et sous l'Empire, à atténuer soit les rigueurs de formes, soit surtout les rigueurs d'interprétation des anciens contrats[1]. Mais elles conduisirent dès auparavant à créer soit de nouveaux contrats qui n'étaient pas formels, tout en restant d'interprétation rigoureuse, tout en restant de droit strict, soit de nouveaux contrats qui n'étaient ni formels ni de droit strict. Ce sont les contrats consensuels et les contrats réels, mis à côté des anciens contrats formels, du *nexum*, du contrat verbal et du contrat littéral, par un développement historique absolument parallèle à celui qui a placé, dans le droit des personnes, le mariage sans *manus* à côté du mariage avec *manus* et, dans le droit du patrimoine, les modes d'acquérir du droit des gens à côté de ceux du droit civil.

Parmi les contrats réels, le plus ancien est le *mutuum*, le prêt de consommation. Une personne emprunte à une autre des denrées, de l'argent à charge de lui en remettre pareilles quantité et qualité. A l'origine, la translation de propriété se faisait et l'obligation de rendre naissait, au moins pour l'argent, le métal, par le *nexum*, où, comme dans la mancipation, la pesée a été réelle avant d'être fictive ; même depuis que la pesée y est devenue fictive, on pouvait, soit pour de l'argent, soit pour d'autres choses considérées *in genere*, s'engager à la restitution, selon les cas, par *nexum*, par contrat littéral ou par contrat verbal. Mais, à défaut de contrat formel, il ne devait pas naître d'action en restitution à l'époque la plus ancienne. Un droit encore ancien, mais cependant plus récent, admit, dès avant l'introduction de la procédure formulaire à notre sens, que la simple remise des derniers rendrait sans contrat formel l'*accipiens* débiteur, le prêteur créancier, reconnut par conséquent, quoique probablement en partant d'une idée indépendante

1. Pour nous en tenir à ces dernières, elles ont été en partie corrigées par l'introduction des moyens destinés à réprimer les délits prétoriens de dol et de *metus* (p. 425 ; p. 429). Le débiteur qui s'est engagé sous l'empire du dol et de la violence aura, pour ne pas exécuter l'engagement, les exceptions *doli mali* et *metus*. Le créancier lui-même sera protégé dans certains cas, ainsi, par exemple, quand le débiteur lui aura livré un esclave empoisonné, ce qui ne l'empêche pas d'avoir accompli son obligation de *dare* et par conséquent d'être libéré de l'action du contrat, mais ce qui donnera au créancier, pour se plaindre du dol dont il a été victime, l'action pénale prétorienne *de dolo* (*D.*, 4, 3, *De dolo*, 7, 3).

de l'idée de contrat, que le *mutuum* faisait, en dehors de l'accomplissement d'aucune solennité, naître une action en restitution au profit du prêteur.

Le *mutuum* est le premier contrat réel. Ce n'est pas le seul. A côté, on en cite toujours trois autres, le gage, le dépôt et le commodat, auxquels il faut même joindre, comme procédé plus archaïque d'atteindre les mêmes résultats, la fiducie. Pour commencer par cette dernière, l'aliénation fiduciaire que nous avons déjà rencontrée plus d'une fois dans le droit des personnes servait, dans le droit du patrimoine, à des fonctions multiples, ainsi à réaliser un nantissement et un dépôt, affirment les textes, et, peut-on supposer logiquement, un prêt à usage. Le propriétaire, pour réaliser l'opération, transférait la propriété de sa chose à l'autre partie qui convenait de la lui rendre en temps et lieu : après l'extinction de la dette garantie, au cas de nantissement ; à l'expiration du délai pour lequel elle était prêtée, au cas de prêt ; au moment où le déposant la réclamerait, au cas de dépôt. Dans les trois cas, la convention de rendre était ce qu'on appelait la convention de fiducie (*pactum fiduciae*), qui fut sans doute pendant longtemps dans la situation de tous les arrangements privés, qui pendant longtemps ne put comme eux être rendue obligatoire que par son incorporation dans un contrat formel, dans une stipulation, et dont, sans cela, toute l'efficacité reposait, comme l'indique son nom, sur la *fides* du débiteur. Mais, plus tard, à une époque qu'on croit souvent très ancienne, qui, croyons-nous, est postérieure à la loi Aebutia, on donna à l'aliénateur avec fiducie une action pour réclamer la chose au moment convenu et, par suite, on peut dire, quoique ce ne soit guère le langage des textes, que la convention de fiducie fut par là transformée en contrat.

Seulement il était bien compliqué, bien périlleux aussi, d'aliéner une chose pour en confier la garde à un ami, pour lui permettre de s'en servir pendant quelque temps. On dut de bonne heure trouver plus simple de la lui remettre matériellement, tout en en restant propriétaire et possesseur, de se borner à lui en remettre la détention. Et il devint même possible de se contenter à la rigueur de cette remise matérielle pour le nantissement à partir de l'époque où la possession fut protégée par les interdits, la sûreté consistant dans le droit de conserver la possession de la chose jusqu'au paiement de la dette garantie. Le prêt à usage, le dépôt, le gage (*commodatum, depositum, pignus*) sont ainsi réalisés par la remise de la détention dans les deux premiers cas, par celle de la possession dans le troisième, comme ils l'étaient par le transfert de la propriété dans la fiducie. La convention de rendre porte sur la possession ou la détention au lieu de porter sur la propriété. Elle n'est naturellement pas pour cela plus obligatoire. L'ancien droit, qui ne donnait pas d'action à l'aliénateur avec fiducie pour demander la retranslation

de propriété, n'en donnait pas davantage ici pour demander la restitution matérielle. Le droit nouveau continua même à ne pas en donner une ici, même après l'avoir accordée en matière d'aliénation fiduciaire. Mais il finit pourtant par la donner, par élever ainsi nos conventions au rang de contrats, par en faire les contrats de gage, de dépôt et de commodats sanctionnés par les actions *commodati*, *depositi*,*pigneraticia* qui furent créées vers les derniers temps de la République. Et désormais on ne recourut plus guère à l'aliénation fiduciaire, sinon en matière de nantissement où elle assure des avantages propres, au moins en matière de dépôt et de commodat. En sorte qu'en négligeant la fiducie, on présente le *mutuum*, le dépôt, le gage et le commodat comme les quatre contrats qui se forment *re*, c'est-à-dire par une prestation du créancier [1].

A une époque, dont on discute si elle est plus ancienne ou plus récente, qui est certainement plus ancienne que pour le dépôt, le gage et le commodat, probablement plus récente que pour le *mutuum*, à peu près la même que pour la fiducie, vers les premiers temps du système de la procédure formulaire, apparurent quatre autres contrats qu'on appelle les contrats consensuels : la vente, le louage, le mandat et la société. La vente, *emptio venditio*, est le contrat par lequel une partie s'engage à fournir à l'autre la possession utile et durable d'une chose (*merx*, *res*), tandis que l'autre s'engage à lui transférer en retour la propriété d'une certaine somme d'argent (*pretium*). Dans le système ancien, on aurait pu atteindre ce résultat par une stipulation de l'acheteur (*emptio*) et une stipulation du vendeur (*venditio*). Dans le système nouveau, le vendeur aura l'action *venditi* et l'acheteur l'*actio empti* par la seule vertu du consentement. Il en est de même pour le louage, *locatio conductio*, où la simple convention des parties, s'engageant l'une à fournir à titre temporaire soit la jouissance d'une chose, soit une fraction de son travail et l'autre à payer en retour une rémunération en espèces monnayées, fera naître les actions *locati* et *conducti* ; pour la société, *societas*, où la simple convention de deux ou plusieurs personnes s'engageant à mettre quelque chose en commun dans un but licite afin d'en retirer un avantage réciproque, suffira pour faire naître au profit de chacune l'action *pro socio* ; enfin pour le mandat, *mandatum*, où l'action *mandati* en exécution naîtra de la simple convention par laquelle une des parties charge l'autre qui l'accepte de faire gratuitement quelque chose pour son compte [2].

1. *Inst.*, 3, 14, *Quibus modis re contrahitur obligatio.*

2. Gaius, 3, 135 : *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.* 136. *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse.* Cf. *Inst.*, 3, 22, *De cons. obl.*, *pr.* 1.

Si nous comparons ces nouveaux contrats réels et consensuels aux anciens contrats formels, ils en diffèrent d'abord en ce qu'ils ne sont pas formels [1] ; qu'au lieu d'être pour leur validité soumis à des conditions de forme, ils ne sont soumis qu'à des conditions de fond tirées de leur destination économique, de l'utilité en vue de laquelle ils ont été soustraits par faveur à la règle *ex pacto actio non nascitur*, élevés du rang de simples pactes à celui de contrats. Ce qui rend la vente obligatoire, ce n'est pas un élément artificiel, c'est l'accord sur la chose et le prix, sans lequel il n'y a pas de vente concevable ; ce qui fait naître le *mutuum*, ce n'est pas davantage une formalité superflue rationnellement et imposée par le droit positif, c'est le versement des derniers sans lequel il ne peut y avoir de prêt [2].

Ils en diffèrent, en second lieu, en ce qu'à l'exception du *mutuum*, ce sont tous des contrats de bonne foi. Tandis qu'en dépit de quelques atténuations résultant de dispositions indépendantes, les anciens contrats restent régis par l'ancien principe d'interprétation rigoureuse, on admet, pour tous les nouveaux contrats, sauf pour le *mutuum*, un système d'interprétation plus libre qui permet au juge d'aller chercher derrière les paroles l'intention des parties, de suppléer aux oublis du créancier, de protéger le débiteur contre les surprises dont il a été victime, contre les rigueurs exagérées résultant de la lettre du contrat : la formule, en lui prescrivant de chercher ce qui est dû *ex fide bona*, lui donne pour l'application de ces contrats un nouveau pouvoir en vertu duquel les affaires deviennent plus faciles, moins rigides dans leurs conséquences, si, à la vérité, les parties savent moins nettement à quoi elles s'engagent et elles ont droit, sont désormais bien plus livrées aux appréciations flottantes des personnes. Tous ces contrats font naître des actions de bonne foi (*iudicia bonae fidei*) par opposition auxquelles on désigne les actions nées des anciens contrats et du *mutuum* et toujours soumises en principe à l'ancienne méthode d'interprétation, du nom d'actions de droit strict (*judicia stricti juris*) [3].

1. Cf. par exemple pour les contrats consensuels Gaius, 3, 136 (p. 446, n. 2).

2. C'est donc à tort, à notre sens, que l'on présente parfois la *res* comme constituant dans le *mutuum* un élément artificiel semblable aux paroles du contrat verbal ou à l'écriture du contrat littéral. On ne peut pas plus dans notre droit moderne ou dans un droit quelconque qu'en droit romain être obligé à rendre ce qu'on n'a pas reçu. La seule différence entre le droit romain et le droit moderne est qu'on peut, dans ce dernier, être obligé à plus qu'on n'a reçu ; mais ce n'est pas à cause d'un élément artificiel nécessaire à la formation de l'obligation de rendre en droit romain et non en droit moderne ; c'est parce qu'à côté de l'obligation de rendre, qui ne peut porter en droit moderne comme en droit romain que sur ce qu'on a reçu, le droit moderne admet une obligation de verser ce qu'on s'est engagé à verser sans l'avoir reçu, obligation qui, dans le droit romain, ne pourrait naître que d'un contrat formel et qui, en droit moderne, naît du simple accord des volontés.

3. Paul, *D.*, 3, 5, *De N. G.*, 6 (7) : *Tantundem in bonae fidei judiciis officium*

Quant à la raison du pouvoir plus large qui est donné là au juge et dont au reste les conséquences n'ont été dégagées qu'une à une, avec le temps, on la rattache souvent à un troisième caractère qui sépare les contrats non formels et de bonne foi du *mutuum* et des contrats formels. Le *mutuum* et les contrats formels sont des contrats *unilatéraux*, ne produisant d'obligation qu'à la charge d'une des parties, d'un seul côté, qui rendent un des contractants exclusivement créancier et l'autre exclusivement débiteur. Il n'y a qu'une partie d'obligée dans le *nexum*, dans le contrat verbal, dans le contrat littéral, et il n'en est pas autrement dans le *mutuum*, où le contrat n'existe pas avant que le prêteur ait remis les deniers à l'emprunteur et où, après cela, l'emprunteur seul est obligé, le prêteur est uniquement créancier, n'est tenu à rien. Au contraire les contrats nouveaux, sauf le *mutuum*, sont tous des contrats *synallagmatiques*, *bilatéraux*, faisant naître des obligations de part et d'autre, rendant chaque partie créancière et débitrice. Il y en a trois qui sont absolument bilatéraux, qui produisent immédiatement des obligations *ultro cĭtroque* et qu'on appelle à cause de cela *synallagmatiques parfaits*. Ce sont la vente, le louage et la société. Quant à la fiducie, au gage, au dépôt, au mandat, ils apparaissent comme unilatéraux au moment de leur formation, ils ne font immédiatement naître que l'obligation de restituer, d'exécuter le mandat ; mais ils peuvent par la suite faire naître des obligations en sens inverse : pour le mandant, l'obligation de rembourser les frais faits pour l'exécution du mandat ; pour le déposant, celle de rembourser les frais faits pour la conservation de la chose, qui seront sanctionnées par une action du contrat appelée, par opposition à l'action principale et directe du contrat, à l'action *mandati*, *depositi directa*, action contraire du contrat, action *mandati*, *depositi contraria*. Ils peuvent donc par là devenir synallagmatiques. On les appelle *synallagmatiques imparfaits*. Et c'est, dit-on, précisément la nécessité de mettre le juge de ces contrats synallagmatiques, parfaits ou imparfaits, saisi d'une de leurs actions, en situation d'apprécier l'ensemble du contrat, de peser les obligations réciproques, de faire la balance entre les droits opposés, qui a conduit à lui donner des pouvoirs plus larges, à reconnaître à ces contrats le caractère de bonne foi [1].

Quoi qu'il en soit, ces contrats nouveaux non formels et en général

judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio. Le vendeur d'un esclave sera tenu non seulement à le livrer, mais à le soigner jusqu'à la délivrance : au cas de retard dans la délivrance, il devra des intérêts moratoires. En sens inverse, le débiteur d'un contrat de bonne foi peut invoquer le dol de son cocontractant pour ne pas exécuter, quand il a été trompé.

1. Cf. Gaius, 3, 137. *Inst.*, 3, 22, *De cons. obl.*, 3 : *Item in his contractibus* (les contrats consensuels) *alter alteri obligatur, in id quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat*.

de bonne foi constituent, avec les anciens contrats formels, le système classique de contrats que visent Gaius et Justinien en disant, dans une formule trop connue, que les contrats naissent *re*, *verbis*, *litteris* et *consensu* [1]. Mais ce serait une erreur de conclure de cette formule qu'il n'y ait pas eu, à Rome, d'autres conventions obligatoires, ni même d'autres conventions obligatoires portant le nom de contrats.

Sans parler du *nexum*, qui était disparu au temps de Justinien et à peu près en désuétude à celui de Gaius, le droit impérial a connu, en partie dès son début, tant sous le nom de contrats que sous des noms différents, d'autres conventions munies d'actions, d'autres dérogations à la règle *ex pacto actio non nascitur* que celles résultant des contrats réels et consensuels. Il y en a eu soit en matière de conventions synallagmatiques, soit en matière de conventions unilatérales.

En matière de conventions synallagmatiques, il faut avant tout citer la formation progressive du système qu'on appelle le système des *contrats innommés*, système constitué par un mouvement de jurisprudence qui a commencé au début de l'Empire avec Labéon, mais qui ne s'est achevé que beaucoup plus tard et qui aboutit à faire admettre qu'au cas de convention synallagmatique quelconque ne rentrant pas dans les nouveaux contrats réels ou consensuels (échange, partage, etc.) et exécutée par l'une des parties, cette partie aurait contre l'autre une action contractuelle en exécution de la contre-prestation convenue appelée dans les compilations de Justinien du nom d'*actio praescriptis verbis*. On ajoute souvent, à tort ou à raison, qu'une autre innovation plus restreinte fut faite par Zénon qui fit de la convention d'emphytéose un cinquième contrat consensuel et on pourrait dire qu'une dernière innovation encore plus restreinte a été faite par Justinien qui a rendu dans certains cas la convention de compromis obligatoire.

En matière de conventions unilatérales, les dérogations sont venues soit du droit prétorien, soit du droit civil récent. Le droit prétorien a sanctionné, dès avant la fin de la République, à l'aide d'actions prétoriennes *in factum* et, par conséquent, a dispensé de rendre obligatoires au moyen des solennités des contrats formels une série de conventions unilatérales : constitut, serment, *receptum nautarum*, *receptum argentarii* (*pacta praetoria*) ; il est même piquant de noter qu'il a sanctionné de cette façon par des actions *in factum* et probablement en partant d'une idée de peine (p. 440) les conventions unilatérales de fiducie, de dépôt, de gage, de commodat et de mandat, avant qu'elles fussent sanctionnées par des actions civiles comme conventions synallagmatiques produisant des actions directes et contraires. — Le droit civil impérial

1. Gaius, 3, 89 : *Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt : aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. Cf. *Inst.*, 3, 13, *De obl.*, 2.

munit d'actions deux conventions unilatérales, la convention de donation rendue obligatoire par Justinien, et la convention de constitution de dot, rendue obligatoire par Théodose II, qui constituent à partir de là de véritables contrats consensuels, sanctionnés par une action civile, la *condictio,* bien qu'on ne les désigne jamais du nom de contrats, qu'on les appelle seulement des pactes légitimes (*pacta legitima*)[1].

Ce n'est donc plus que sous ces réserves, sous la réserve non seulement des règles des contrats consensuels et des contrats réels nommés, mais des règles des contrats innommés, des pactes prétoriens et des pactes légitimes, que reste vraie l'ancienne règle *ex pacto actio non nascitur,* la règle selon laquelle il faut, pour rendre une convention obligatoire, l'enfermer dans les formes d'un contrat formel, par exemple d'une stipulation. Mais la règle n'est pas abrogée ; elle reste toujours vraie sous ces réserves. Même sous Justinien, il faudra toujours recourir au seul contrat formel qui existe encore, au contrat verbal, pour rendre obligatoires les conventions qui ne rentrent dans le cadre d'aucun

1. Nous avons dû présenter ici cet aperçu du développement historique des contrats romains et des conventions assimilées en le séparant des preuves justificatives qui seront données, notamment pour la date d'introduction des contrats consensuels et réels nommés, dans les sections qui leur seront relatives. Pour ne pas parler des doctrines qui méconnaissent tout développement historique en admettant plus ou moins explicitement la concomitance originaire des contrats formels et non formels et même des contrats de droit strict et de bonne foi, l'histoire des contrats romains a souvent été décrite chez nous d'une manière différente, en considérant tous les contrats ou à peu près comme des dérivés du *nexum,* dont on aurait pris un élément, les paroles, pour faire le contrat verbal, un autre élément, la remise de la chose, pour faire le contrat réel, un autre élément, le consentement, dit-on même parfois, pour faire le contrat consensuel, qu'on aurait enfin transformé pour faire de l'écriture qui le représente un contrat littéral (Ortolan, *Instituts*, 3, n°s 1191-1197, et en partie Labbé, Appendice, p. 885. Petit, 1re édit., 1892, n° 270 ; cf. Sumner Maine, *L'ancien droit,* tr. fr., p. 309 et ss.). Et on a même parfois combiné cette doctrine avec celle de la *causa civilis,* selon laquelle il faut, pour la formation de tout contrat, un élément artificiel, la *causa civilis,* qui serait dans le *nexum* l'accomplissement des solennités de l'*aes* et de la *libra,* dans le contrat verbal les paroles, dans le contrat littéral l'écriture, dans le contrat réel la *res,* et dans les contrats consensuels, soit leur caractère synallagmatique, soit leurs éléments concrets. Mais, sous une forme ou l'autre, le système doit être repoussé. On peut admettre, sauf explication, que le *nexum* ait été le seul contrat civil à une époque très reculée. C'est un point que nous retrouverons. Mais ce système a d'abord le tort de supposer entre les contrats une filiation tout à fait arbitraire et certainement fausse en partie : il est possible que le contrat *litteris* vienne du *nexum* ; rien n'indique que les contrats réels en viennent ; il est impossible que la stipulation en soit dérivée ; car dans la stipulation il y a une interrogation et une réponse et dans le *nexum* il n'y a que le créancier à parler. Il a ensuite le tort, surtout dans la forme de la *causa civilis,* de mettre sur le même rang les écritures et les paroles du contrat littéral et du contrat verbal, qui sont de véritables conditions de forme, extrinsèques, imposées par le législateur, et la remise de la chose des contrats réels, qui y est imposée par la nature même, qui s'y retrouve dans notre droit où les pactes sont obligatoires, mais où on ne peut pas plus qu'à Rome être obligé de rendre une chose sans l'avoir reçue.

des contrats ou des pactes munis d'action par le droit civil ou par le droit prétorien : ainsi toutes les conventions synallagmatiques qui ne rentrent pas parmi les contrats consensuels et qu'on veut rendre obligatoires sans exécution actuelle par aucune des parties, conventions d'échange, de partage arrêtées sans exécution actuelle [1] ; ainsi toutes les conventions unilatérales qui ne sont ni des contrats réels ni des pactes légitimes ou prétoriens : la convention d'ouverture de crédit (*pactum de mutuo dando*), la promesse unilatérale de vendre, la promesse unilatérale d'acheter.

Nous allons successivement étudier les contrats formels, puis les contrats réels, les contrats consensuels, les contrats innommés et les pactes munis d'action. Mais, avant d'entrer ainsi dans l'examen des différentes conventions obligatoires, nous jugeons utile d'exposer dans une première section les règles d'ensemble qui les régissent toutes du plus au moins, notamment au point de vue de leurs éléments essentiels et accidentels.

SECTION I. — Règles générales.

Les caractères généraux des contrats se ramènent à deux idées : celle des *éléments essentiels*, sans lesquels, en dehors des conditions spéciales à chacun, un contrat ne peut exister ; celle des *éléments accidentels*, qui ne sont requis pour la validité d'aucun contrat, mais qui peuvent, suivant les hypothèses concrètes, se rencontrer ou faire défaut dans l'un d'eux.

§ 1. — Éléments essentiels des contrats.

Les éléments essentiels nécessaires à la validité des contrats ou tout au moins à leur efficacité, se rapportent à trois points de vue : ceux de l'objet des obligations nées des contrats, de la cause en vertu de laquelle les parties s'obligent, et enfin du consentement même des parties qui doit être fourni par des parties capables et être exempt de vices.

I. Objet. — L'objet du contrat (*id quod debetur*) est la prestation à laquelle le débiteur s'engage envers le créancier, à laquelle celui-ci a droit et sans laquelle une obligation ne serait pas concevable. Les contrats synallagmatiques, faisant naître plusieurs obligations, ont autant d'objets qu'ils font naître d'obligations distinctes.

D'après la définition même de l'obligation (p. 396), l'objet de cette obligation, constituant l'objet ou l'un des objets du contrat, peut être

1. Hermogénien, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 45 : *Divisionis placitum nisi traditione* (contrat innommé) *vel stipulatione* (contrat verbal) *sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit*. Dioclétien, *C.*, 4, 64, *De rer. permut.*, 3 : *Ex placito permutationis re nulla secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.*

très varié. Il peut consister, suivant une formule romaine qui n'est pas sans ambiguïté, dans une translation de propriété ou une constitution de droit réel (*dare*), dans un fait (*facere*), ou dans une prestation (*praestare*), qui n'est, à notre sens, qu'une subdivision du fait[1]. Il consistera, suivant une formule moderne plus simple et plus complète, dans un acte positif ou négatif, dans un fait ou une abstention du débiteur. Mais quelque varié qu'il puisse être, il doit, à peine de nullité de l'obligation et par conséquent du contrat, réunir certaines conditions, qu'on peut, croyons-nous, ramener à quatre. Il doit : 1° être licite ; 2° être possible ; 3° présenter un intérêt pour le créancier ; 4° consister dans une prestation à fournir au créancier et non pas à un tiers, par le débiteur et non pas par un tiers.

A. Le fait positif ou négatif qui fait l'objet de l'obligation doit d'abord être licite, n'être pas contraire à la morale[2]. La promesse de commettre un délit, celle de laisser impunément commettre un délit, et même dans la notion romaine celle relative à une succession future[3] sont nulles comme ayant un objet illicite.

B. Le fait doit en outre être possible[4]. Il n'y a ni obligation ni contrat, si la prestation prise pour objet est impossible physiquement ou légalement, si elle ne peut être accomplie en vertu d'une impossibilité physique — comme cela arrive quand on a promis une chose qui ne peut exister (un hippocentaure) ou plus pratiquement une chose qui n'existe pas (une hérédité qui n'existe pas) ou qui n'existe plus (un esclave déjà mort) — ou d'une impossibilité légale — comme cela arrive quand on s'est engagé à faire une chose rendue impossible par la loi, à transférer la propriété d'un homme libre, ou d'une *res sacra*, ou d'une *res religiosa*[5].

Dans tous ces cas, que l'impossibilité soit physique ou légale, l'obligation ne naîtra pas, il n'y aura pas de contrat, et en conséquence, si le

1. Le sens du mot *praestare* dans Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 3, *pr.* (p. 396, n. 3), est très controversé. Cf. Savigny, *Traité*, 5, *app. XIV*, pp. 574-686, et, pour la bibliographie plus récente, Windscheid, 2, § 252, n. 4. Ce texte contient croyons-nous tout simplement une allusion à la terminologie de la formule qui désigne l'objet de l'obligation tantôt par le mot *dare*, tantôt par les mots *dare facere* et tantôt par le mot *praestare*.

2. Dioclétien et Maximien, *C.*, 8, 38 (39), *De inut. stip.*, 4 : *Omnia quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur nullius momenti sunt*. Cf. Lotmar, *Der unmoralische Vertrag*, 1896.

3. C'est le cas de la const. citée n. 2. Justinien permet cependant, *C.*, 2, 3, *De pactis*, 30, le traité relatif à une succession future, quand il est fait du consentement du *de cujus*. Cf. C. civ., art. 1130.

4. V. Windscheid, 2, § 264. Rabel, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 473-512.

5. *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 1 ; 2. Naturellement il ne faudrait pas confondre la chose qui n'existe pas ou qui n'existe plus avec la chose qui n'existe pas encore : part d'une femme esclave, récolte à venir, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 8, *pr.* C'est comme immorale que la convention sur succession future est exclue (n. 3).

contrat est un contrat synallagmatique, par exemple une vente, l'autre obligation ne naîtra pas non plus. L'acheteur ne devra pas le prix, pourra le répéter, s'il l'a payé par erreur. Mais il y a une autre question plus délicate : le créancier, acheteur, stipulant, va subir un préjudice par suite de la nullité de l'obligation qu'il croyait valable. Ne va-t-il pas, s'il était de bonne foi, s'il croyait l'homme esclave, au cas d'impossibilité légale, s'il croyait l'esclave vivant, au cas d'impossibilité physique, obtenir une indemnité ? L'ancien droit répondait par la négative. Mais le droit nouveau est venu au secours du créancier trompé, soit en matière de contrats de droit strict, soit surtout en matière de contrats de bonne foi.

En matière de contrats de bonne foi, la jurisprudence est venue à son secours, quoique avec certaines hésitations sur le procédé. Elle paraît avoir d'abord décidé logiquement qu'il n'y avait, par exemple au cas de vente, ni vente ni action *empti* et par conséquent n'avoir admis comme ressource qu'une action *in factum* délivrée par le préteur [1]. Mais on a, de très bonne heure, fait une exception pour le cas où l'impossibilité légale tient à la qualité d'homme libre de l'individu vendu comme esclave et où la vente est considérée comme donnant à l'acheteur de bonne foi l'action *empti* [2], et on a fini plus ou moins tôt par admettre la même solution soit pour les autres cas d'impossibilité légale [3], soit peut-être même pour ceux d'impossibilité physique [4]. En somme, on paraît être arrivé, à l'aide d'une de ces entorses aux principes abstraits que présente souvent le droit nouveau, à donner à l'acheteur de bonne foi pour demander indemnité du préjudice que lui cause la nullité de la vente

1. C'est la solution donnée par Ulpien, *D.*, 11, 7, *De rel.*, 8, 1, au cas de *fundus religiosus* vendu comme *purus*.

2. Cette solution, qui se rattache sans doute à ce que l'acquéreur par mancipation avait, dans ce cas, l'*actio auctoritatis* après avoir été évincé par la *vindicatio libertatis* (Julien, *D.*, 21, 2, *De evict.*, 39, 3 = Lenel, 735), paraît avoir déjà été donnée par Sabinus, dans les commentaires sur lequel elle se trouve au même endroit chez Pomponius (*D.*, 18, 1, *D.*, *De C. E.*, 4, 6, *pr.* = Lenel, 533) et chez Paul (*D.*, 18, 1, *De C. E.*, 5 = Lenel, 1705). Il est à remarquer qu'ici on ne dit pas seulement qu'il y a action *empti*, mais qu'il y a vente.

3. Les *Inst.*, 3, 23, *De empt.*, 5, le disent positivement et Modestin, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 62, 1, admet, dès la fin de l'époque classique, que, bien qu'il n'y ait pas de vente, on donnera l'action *empti*. Il est plus difficile de savoir si Pomponius admettait déjà non seulement l'action *empti*, mais la validité même de la vente, ou si ce ne sont pas les compilateurs qui ont étendu aux *res sacrae* et *religiosae* une décision donnée par lui seulement pour la vente de l'homme libre (n. 2). V. dans ce dernier sens Scialoja, *B. Ist. D. R.*, 2, 1889, p. 178 et ss. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 379, n. 2.

4. C'est un point controversé et qu'à notre avis les textes ne tranchent pas nettement. V. dans le sens de l'extension (Savigny, *Dr. des obligations*, 2, § 81), *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 21, *pr.* ; *D.*, 18, 4, *De her. vend.*, 8 ; 9 ; dans le sens contraire (Windscheid, 2, § 315, n. 5), *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 15, *pr.* ; 57, *pr.* 1, par exemple.

une action contre le vendeur, que celui-ci fût conscient de l'impossibilité ou se fût trompé [1].

Les principes ont été respectés beaucoup plus rigoureusement en matière de contrats de droit strict. Là le droit du créancier ne sera jamais sanctionné par l'action du contrat. Il ne pourra être fondé que sur le dol du débiteur, soit en vertu d'une stipulation *de dolo*, si le créancier a eu la précaution de se faire faire par le débiteur la promesse qu'il s'abstenait de tout dol, soit au cas contraire, depuis que l'action pénale de dol existe, au moyen de cette action. Mais le créancier qui a fait une stipulation *de dolo* est dans une moins bonne situation que l'acheteur, car il n'a de droit que quand le débiteur a commis un dol, il n'en a pas quand ce débiteur était de bonne foi, et il est encore plus mal traité quand il n'a pas fait de stipulation, car alors il ne peut également se plaindre que des faits de dol, mais, au lieu d'avoir pour cela une action perpétuelle, transmissible contre les héritiers, il n'a que l'action pénale de dol, temporaire, intransmissible passivement.

C. L'objet de l'obligation doit présenter un intérêt pour le créancier. L'intérêt est la mesure des actions. S'il n'y a pas d'intérêt, il n'y a pas d'action ; car le juge, qui doit à défaut d'exécution condamner au préjudice causé, ne pourrait condamner à rien. Faute d'intérêt, il n'y a pas d'obligation, il n'y a pas de contrat et, par conséquent, ici encore, si le contrat est synallagmatique, l'autre obligation ne naîtra pas non plus. Reste à savoir quand on dira que l'obligation contractuelle est nulle faute d'intérêt pour le créancier.

Le principe est appliqué plus ou moins sûrement dans trois cas : celui où l'objet de l'obligation appartient déjà au créancier ; celui où il

1. Il y a, en droit romain pratique, de nombreux dissentiments, tant sur la portée de cette action que sur ses conditions d'ouverture. Cf. Saleilles, *L'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1890, p. 158 et ss. — Quant à ses conditions d'ouverture, une doctrine, qui a longtemps été dominante, ne l'admettait qu'au cas de dol ou de faute lourde du vendeur ; mais on tend aujourd'hui à le considérer comme existant dès lors qu'il y a impossibilité, que le vendeur en ait eu ou non conscience, soit en disant, comme fait M. de Ihering, *Gesamm. Aufsätze*, 1, p. 382, qu'en vendant une pareille chose sans la connaître il a commis une faute (*culpa in contrahendo*), soit en recourant à d'autres constructions juridiques (cf. Windscheid, 2, § 315, n. 7). — En revanche, quant à la portée de l'action, on tend à la restreindre au montant de l'*intérêt négatif* que l'acheteur aurait eu à ne pas conclure le contrat, frais faits en vue de la conclusion du contrat, préjudice résultant de ce qu'en conséquence on n'a pas conclu un autre contrat valable, par opposition à l'*intérêt positif*, à l'avantage qu'il aurait tiré de l'exécution du contrat (de Ihering, Windscheid, *loc. cit.*). — A notre sens, les textes prouvent positivement, soit pour l'*actio in factum*, soit pour l'action *empti*, qu'elles existent dès lors que l'acheteur a été de bonne foi, que le vendeur ait ou non connu l'impossibilité. D'autre part, tout au moins pour l'action *empti* et dans le cas le plus net, celui de vente d'un homme libre, il nous semble certain qu'elle faisait obtenir là comme ailleurs la réparation de tout le préjudice causé par l'inexécution du contrat, donc le montant de l'intérêt positif.

est indéterminé ; celui où l'intérêt du créancier n'est pas un intérêt pécuniaire, un intérêt appréciable en argent.

1. L'obligation est nulle faute d'intérêt pour le créancier, quand elle a pour objet une chose qui est déjà dans le patrimoine du créancier et qui ne peut y entrer davantage [1] ; car on n'a pas d'intérêt à devenir créancier de la chose dont on est déjà propriétaire. Mais d'ailleurs l'obstacle disparaîtrait et le contrat serait valable, si l'intérêt existait même éventuellement, par exemple si on stipulait conditionnellement sa propre chose pour le cas où l'on cesserait d'en être le propriétaire [2], à plus forte raison, si on stipulait les attributs de la propriété dont on est privé.

2. L'obligation est nulle, quand son objet est indéterminé. Mais ici il faut s'entendre. Il est possible qu'à l'origine toutes les obligations contractuelles aient dû avoir la détermination la plus précise qu'on puisse imaginer, qu'elles aient dû avoir toutes pour objet une certaine quantité de monnaie [3]. Plus tard elles ont pu avoir pour objet d'autres corps certains, la translation de propriété de choses déterminées individuellement ou dans leur nature, et elles peuvent aussi, dans les temps historiques, être incertaines, comme c'est le cas de toutes les obligations de bonne foi et des obligations de droit strict ayant pour objet autre chose que la translation de propriété d'une somme d'argent ou d'une chose déterminée dans son individualité ou dans sa nature (obligations de faire, de ne pas faire, obligation alternative, obligation de constituer un usufruit, etc.) [4]. Faute d'exécution, le juge évaluera en argent. Seulement

1. Stipulation : *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 2. Vente, louage : *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 45, *pr.*

2. *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 61.

3. C'est un point à peu près certain pour le *nexum* et le contrat littéral. Il est possible qu'il en ait été de même très anciennement du contrat verbal.

4. Les actions personnelles nées de contrats sont certaines ou incertaines selon que le créancier réclame un objet déterminé d'avance sous tous les rapports dont l'énonciation même indique, disent les jurisconsultes, *quid quale quantumque sit* (*certum*, *certa pecunia*, *certa res* ; *intentio* portant *si paret dare oportere*) ou un objet n'ayant pas d'avance la même netteté, exigeant une détermination (*incertum* : *intentio* portant *quidquid paret dare facere oportere*, par ex.). Nous verrons en étudiant la procédure l'intérêt que cela présente en matière de *plus petitio*. Il suffira de remarquer ici pour les obligations contractuelles que toutes celles de *facere* ou de *praestare* (p. 452, n. 1) sont incertaines et que celle de *dare* sont tantôt certaines et tantôt incertaines. Elles sont certaines quand elles ont pour objet une somme d'argent, un bien déterminé, une quantité précise de choses de qualité déterminée (*sestertium decem milia*, *fundus Tusculanus*, *homo Stichus*, *tritici optimi Africi modii centum* : Gaius, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 65), ou encore la constitution d'une servitude prédiale (Ulpien, *D.*, 13, 3, *De cond. trit.*, 1, *pr.*, et surtout Paul, *D.*, 8, 3, *De serv. pr. rust.*, 19), ou encore probablement, dans la doctrine la plus ancienne, la constitution d'un usufruit (Ulpien, *D.*, 13, 3, *De cond. trit.*, 1, *pr.*, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 11, 2 ; Paul, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 30,5 ; ces deux derniers textes sont surtout probants, parce que le serment nécessaire est, verrons-nous, admis dans la *condictio triticaria* et non dans l'*actio ex stipulatu*). Elles sont incertaines quand elles ont pour objet des choses indiquées seulement *in genere* sans que la qualité soit parfaitement précisée (cent boisseaux de *bon* blé d'Afrique :

il faut que l'objet soit déterminé dans le contrat d'une manière suffisante pour que l'évaluation du juge ne soit pas impossible, pour que le débiteur ne puisse pas se libérer par une prestation insignifiante. Ainsi par exemple le débiteur a promis du blé et rien n'indique la quatité ; non a conclu une vente, un louage et la fixation du prix, du loyer, a été laissée à l'arbitraire de l'acheteur, du locataire. L'obligation est nulle, et cela en somme faute d'objet présentant un intérêt sérieux pour le créancier.

3. Le point le plus discuté parmi les interprètes modernes est de savoir si l'intérêt doit être pécuniaire. Cette condition a été longtemps présentée à peu près unanimement comme exigée pour toutes les obligations contractuelles ou non. C'était une exagération qui a provoqué une réaction. Mais, en se bornant aux obligations contractuelles, il faut dire que, sauf de rares exceptions, elles impliquent un intérêt pécuniaire chez le créancier, qu'elles doivent présenter pour lui non seulement un intérêt philanthropique ou d'affection, mais un intérêt appréciable en argent [1].

D. Enfin la prestation qui fait l'objet de l'obligation doit être stipulée au profit de son sujet actif et non d'un tiers, à la charge de son sujet passif et non d'un tiers. Ce n'est, à notre sens, que l'application naturelle des principes ; car, l'obligation étant un lien entre deux personnes,

Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 75, 2), des choses dues sous une alternative sans que le choix soit laissé au créancier (Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 75, 8 ; cf. Gaius, 4, 53 *d*) et enfin, dans la doctrine qui semble avoir prévalu, la constitution d'un usufruit (Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 75, 3). En partant de là, le *nexum*, le contrat littéral et le *mutuum* ne font naître que des obligations certaines ; les contrats de bonne foi ne font naître que des obligations incertaines ; le contrat verbal fait naître tantôt des obligations certaines et tantôt des obligations incertaines.

1. La doctrine exagérée selon laquelle l'intérêt devrait être pécuniaire dans toutes les obligations a provoqué une réaction particulièrement extrême de la part de M. de Ihering qui, dans une consultation rédigée en 1888 (*Gesamm. Aufsätze*, 3, p. 87 et ss.), admet qu'il suffit à peu près partout d'un intérêt d'affection, d'un intérêt philanthropique. M. Pernice, qui a étudié la question d'une manière plus méthodique, *Labeo*, 3, 1, p. 172 et ss., a montré, croyons-nous, que l'existence d'un intérêt pécuniaire n'est pas nécessaire pour les droits sanctionnés par le magistrat *extra ordinem*, ni même pour les actions nées de délits. Mais il nous semble résulter de son étude même que, sauf de rares exceptions, l'objet de l'obligation contractuelle doit présenter pour le créancier un intérêt pécuniaire ; que, comme dit Ulpien (*D.*, 40, 7, *De statulib.*, 9, 2) pour la stipulation, *ea in obligatione consistere possunt, quae pecunia lui praestarique possunt*. — Cette question est souvent étudiée à propos des stipulations pour autrui, dans lesquelles on rencontre ses principaux intérêts. Mais elle se rapporte au caractère général de l'objet de l'obligation et il est d'autant plus nécessaire de la signaler à son propos qu'elle peut se poser en dehors de la théorie des stipulations pour autrui, ainsi que le montre l'affaire dans laquelle fut donnée la consultation de M. de Ihering : une société fondée en Suisse pour le développement du réseau international des voies ferrées demandait, en vertu de l'intérêt philanthropique qui avait motivé sa fondation, l'exécution d'engagements de construction de lignes nouvelles pris envers elle par une compagnie, et la compagnie contestait la validité de l'obligation en invoquant l'absence d'intérêt pécuniaire des créanciers.

elle ne doit, dans sa notion naturelle et première, produire d'effet qu'entre deux personnes. Mais cette exigence n'en écarte pas moins deux ordres de combinaisons auxquelles on a commencé à songer à mesure que les rapports juridiques se sont développés : les stipulations et promesses pour autrui, par lesquelles on prétendrait faire tel ou tel effet du contrat se produire chez d'autres que les parties qui y ont figuré, et le système voisin, mais distinct, de la représentation, selon lequel le contrat lui-même serait réputé conclu par d'autres personnes que celles qui y ont figuré [1].

En laissant de côté la représentation que nous retrouverons ailleurs, à nous en tenir aux stipulations et promesses pour autrui, la prestation prise pour objet du contrat ne doit pas constituer une stipulation pour autrui, ni une promesse pour autrui, dit-on en prenant les deux mots dans un sens large s'appliquant à tous les contrats et non pas dans leur sens technique étroit relatif au contrat verbal.

1. *Stipulations pour autrui.* Les stipulations pour autrui sont nulles en ce double sens qu'elles ne font pas naître d'action pour le stipulant et qu'elles n'en font pas naître pour le tiers. Mais il faut étudier séparément les deux applications de la nullité et il y a eu pour toutes deux des exceptions distinctes.

a) *Effet à l'égard du tiers.* En principe la stipulation faite au profit d'un tiers ne crée pas d'action pour lui [2]. Je ne peux en contractant moi-même rendre un tiers créancier, stipuler par contrat verbal que mon cocontractant paiera cent sesterces à un tiers, verser à une personne une certaine somme et convenir qu'elle fera une rente viagère à un tiers, payer un prix de vente à une personne et convenir qu'elle livrera la chose à un tiers, transférer une chose à titre de dot à une personne et convenir qu'elle la restituera à un tiers [3]. Dans aucun de ces cas, le

1. C'est là, croyons-nous, le critérium qui sépare les deux systèmes de la représentation et des stipulations et promesses pour autrui. Ils sont évidemment distincts dans le droit civil français qui admet la représentation et qui proscrit, d'ailleurs assez peu heureusement, les stipulations et promesses pour autrui (art. 1119-1121). Ils ne le sont pas moins dans le droit romain, qui proscrit à la fois les deux systèmes, mais qui admet aux deux prohibitions des exceptions distinctes. Les deux théories se ressemblent en ce qu'elles sont l'une et l'autre des exceptions au principe que les effets du contrat se produisent chez les parties. Elles diffèrent en ce que la théorie des stipulations et promesses pour autrui tend à faire le contrat produire effet au regard de personnes qu'on ne considère pas comme y ayant figuré et que la théorie de la représentation tend à faire considérer ces personnes elles-mêmes comme y ayant figuré.

2. La règle est posée, non seulement pour le contrat verbal, mais pour tous les contrats, en termes très généraux, si généraux qu'ils impliquent en même temps la prohibition de la représentation, par Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 11.

3. V. par exemple pour la stipulation, *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 4 ; 19 ; pour l'achat fait par le mari pour sa femme, *C.*, 4, 50, *Si quis alteri*, 6, 3 ; pour la restitution de dot convenue au profit d'un tiers, *C.*, 5, 12, *De jur. dot.*, 26.

tiers n'aura d'action et la raison toute simple est que, dans le système logique, qui a été le système primitif, le contrat, acte accompli entre deux personnes, doit produire effet entre ces deux personnes, donner un droit, une action à celui qui y figure et non pas à un tiers.

Maintenant ce principe, qui fut certainement absolu à l'origine, a reçu avec le temps des atténuations et même des dérogations.

On pourrait citer à la rigueur, au moins comme atténuations, certaines hypothèses où dans le droit classique on admet sans difficulté qu'un tiers peut bénéficier de la convention d'une personne, mais dont le trait commun est que le tiers obtient l'avantage sans avoir besoin d'intenter d'action [1] et qu'à cause de cela les jurisconsultes romains ne considèrent jamais comme des dérogations à la règle qu'on ne peut rendre autrui créancier en stipulant pour lui. Au contraire il y a, dans le droit de Justinien, deux ordres de véritables exceptions où le stipulant pour autrui fait naître une action chez le tiers : la stipulation pour l'héritier, dont la validité ne date certainement que de lui, et un certain nombre de stipulations pour d'autres tiers, dont la validité est plus ou moins exactement représentée par ses compilations comme déjà admise avant lui.

α. En stipulant pour moi-même, je stipule pour mon héritier et la stipulation ne cessera pas d'être valable, parce qu'au lieu de faire pour moi un seul contrat dont le bénéfice passerait à mon héritier, je le ferai explicitement pour moi et pour lui (*mihi et heredi meo*) ; mais, disent les Romains [2], je stipule pour autrui, en stipulant pour mon héritier sans moi (*heredi meo*). Et, en partant de la même idée, les jurisconsultes ont également proscrit les contrats aboutissant au même résultat, ne donnant action qu'après la mort du stipulant : la stipulation *post mortem meam* et aussi la stipulation *pridie quam moriar*, qui ne pourra être recouvrée qu'après la mort du stipulant.

Ces dernières solutions, qui, comme toute notre théorie, s'appliquaient à tous les contrats, constituaient, a-t-on dit, une erreur juridique, attendu qu'il n'y avait là qu'un terme et que le terme n'empêche pas la créance, dont il retarde l'exigibilité, de naître immédiatement, donc ici de naître chez le stipulant. En tous cas, les deux prohibitions étaient

1. Ainsi : 1° le paiement fait pour autrui qui le libérera, même à son insu, même malgré lui (Gaius, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 53) ; 2° la stipulation *mihi aut Titio* en vertu de laquelle j'acquiers à Titius, *adjectus solutionis gratia*, non pas le droit de poursuivre le débiteur, mais celui de recevoir valablement un paiement, dont il me rendra compte, s'il est mon mandataire, dont il gardera pour lui le bénéfice si j'ai fait cette stipulation à titre de libéralité éventuelle à son profit, *donandi animo* (Scaevola, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 131, 1) ; 3° en matière de louage, la convention par laquelle le propriétaire, en vendant sa chose, a convenu que l'acheteur n'expulserait pas le fermier, respecterait le bail et qui pourra être invoquée contre l'acquéreur par le fermier (*C.*, 4, 65, *Locati*, 9 : *Emptori necesse non est stare colonum, nisi ea lege emit*).

2. Gaius, 3, 100.

fort gênantes et par conséquent la pratique inventa, comme il arrive toujours, pour les éluder, des expédients, d'ailleurs très critiquables en logique : la stipulation *cum moriar*, à laquelle aurait dû s'appliquer rationnellement le même raisonnement qu'à la stipulation *pridie quam moriar*, et une combinaison consistant à faire stipuler à côté de soi un ami auquel on donnait mandat de rendre compte à ses héritiers, mais dont le mandat aurait dû lui-même être nul comme stipulation au profit des héritiers [1].

Les expédients furent rendus inutiles par Justinien qui valida toutes ces stipulations et qui fit même la réforme en deux fois d'une manière assez favorable à la doctrine selon laquelle il faudrait distinguer les deux catégories de stipulations : en 528, pour les stipulations *post mortem* et *pridie quam moriar* [2], en 531, pour la stipulation *heredi meo* [3].

β. A côté de l'exception établie par Justinien relativement à la stipulation pour l'héritier, ses compilations indiquent, sous les noms d'empereurs antérieurs et de jurisconsultes classiques, un assez grand nombre d'autres cas, où par exception un tiers pourrait agir en vertu d'une stipulation pour autrui faite à son profit [4]. Tels sont, par exemple, le cas où un donateur a convenu d'une charge au profit d'un tiers, certains cas où celui qui constitue une dot a convenu qu'elle serait restituée à un tiers, le cas où un déposant, un commodant a convenu que la chose serait rendue à un tiers, celui où un créancier gagiste, vendant le gage faute de paiement, convient que le débiteur pourra réclamer la chose en offrant le prix. Mais la seule de ces exceptions dont il soit absolument sûr qu'elle soit antérieure à Justinien est celle relative à la donation avec charges, attestée dans une constitution certainement authentique de Dioclétien [5]. Quant aux autres, aucune ne remonte sûrement au delà de Justinien. L'interpolation est établie pour certains textes par des preuves directes et elle est rendue très probable pour la plupart de ceux qui restent par leur ressemblance avec les premiers [6]. Ils sont donc pro-

1. V. encore Gaius, 3, 100, pour le premier expédient, 3, 117, pour le second.
2. *C.*, 8, 37 (38), *De contr. stip.*, 11, résumé *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 13.
3. *C.*, 4, 11, *Ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant*, 1.
4. Cf. Eisele, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, 1896, pp. 76-90.
5. *C.*, 8, 54 (55), *De Don. sub modo*, 3, dont l'authenticité est attestée par la version concordante des *F. V.*, 286. Cf. pourtant sur la portée précise de la constitution, Eisele, pp. 82-84.
6. Nous citerons d'abord ceux relatifs à la restitution de dot. Elle est soumise en principe au droit commun d'après lequel le constituant ne peut stipuler la restitution au profit d'autrui ; il faut faire stipuler le tiers lui-même pour qu'il acquière l'action : Dioclétien et Maximien, *C.*, 5, 12, *De jure dotium*, 26 (p. 457, n. 1). Mais les compilations de Justinien attribuent soit aux mêmes empereurs, soit aux jurisconsultes, des exceptions pour au moins deux cas où il était impossible d'atteindre le résultat désiré en faisant stipuler la restitution au tiers qu'on voulait gratifier : pour le cas où un ascendant maternel voudrait faire avoir la dot, s'il prédécède, à la petite-fille en puissance paternelle qu'il dote, et pour

bants pour le droit de Justinien et seulement pour lui. Quant à d'autres exceptions qu'on signale parfois soit pour le droit de Justinien, soit pour le droit antérieur (action donnée au pupille à raison des contrats de tuteur, au mandant en certains cas à raison de ceux du mandataire), ce sont, à notre sens, des dérogations au principe de la non-représentation et non pas à celui qu'en stipulant pour autrui, on n'acquiert pas d'action au tiers.

b) *Effet à l'égard du stipulant.* La stipulation pour autrui qui ne rend pas le tiers créancier ne fait pas non plus en principe acquérir de créance au stipulant : car, au lieu de faire ce qu'il pouvait, de stipuler pour lui, il a voulu faire ce qu'il ne pouvait pas, stipuler pour le tiers[1]. C'est le principe. Mais pourtant le stipulant peut avoir à l'exécution du contrat en face du tiers un intérêt personnel très légitime. Il a, dès une époque très ancienne, un moyen indirect pour en assurer la sauvegarde et le droit classique vient en outre directement à son secours en lui donnant une action dans certains cas.

Le moyen indirect, c'est de faire, à côté de la convention au profit du tiers, un contrat par lequel on se fait promettre à soi-même une certaine somme, pour le cas où cette convention ne serait pas exécutée (*stipulatio poenae*). Cela ne rend pas valable la stipulation au profit du tiers : il n'a pas le droit d'en demander l'exécution et le stipulant ne l'a pas lui-

celui où il voudrait donner le droit de la réclamer aux enfants à naître du mariage. L'impossibilité est physique, dans le second cas, juridique, dans le premier, où, en stipulant, la fille en puissance acquerrait la créance à son *paterfamilias*. La validité de la stipulation pour autrui est admise, dans les deux cas, par des textes qui en attribuent la reconnaissance à Dioclétien et à Paul. Mais on peut prouver pour tous deux l'interpolation : celui relatif à la fille en puissance dotée par son grand-père maternel, Paul, *D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 45, disait seulement qu'elle était *adjecta solutionis gratia*, comme si le grand-père avait stipulé *sibi aut Titiae*, et on l'a remanié pour lui donner une action, ainsi que cela se révèle à de nombreux détails (le texte fait le jurisconsulte se contredire en disant d'abord qu'il n'y a pas d'action, puisqu'il y en a une ; il finit deux fois : *sed dicendum est... sed permittendum* ; la phrase finale : *sed permittendum... actionem utilem*, sans verbe auquel se rapporte l'accusatif *actionem utilem*, n'est pas latine, etc.) ; quant à celui relatif aux enfants à naître, Dioclétien et Maximien, *C.*, 5, 14, *De pact. conv.*, 7, qui donne à ces enfants une action utile en termes assez peu suspects, une scolie des Basiliques de Thalelaeus nous avertit qu'il contient une innovation faite par voie d'interpolation. Il est d'autant plus permis d'avoir des soupçons du même ordre contre le texte relatif au tiers au profit duquel a été stipulée la restitution de la chose prêtée ou déposée (*C.*, 3, 42, *Ad exhib.*, 8) et contre celui relatif au droit du constituant de se prévaloir de la convention du créancier gagiste (Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 13, *pr.*), que, dans chacun des deux, le droit d'agir du tiers se trouve exprimé dans une phrase finale après l'ablation de laquelle le texte garderait un sens logique et complet.

1. Contrat verbal : *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 4 : *Nihil agit.* Vente : *C.*, 4, 50, *Si quis*, 6, 3 (qui, à la vérité, suppose plutôt une idée de représentation) : *Empti actionem nec illi nec tibi adquisisti, dum tibi non vis nec illi potes.* Constitution de dot : *C.*, 5, 12, *De jure dot.*, 26 : (Le stipulant) *nec sibi cessante voluntate nec tibi prohibente jure quaerere potuit actionem.*

même. Mais cela poussera le promettant à l'exécuter ; car, s'il ne le fait pas, le stipulant pourra lui réclamer la *poena* qu'il s'était fait promettre sous condition, pour le cas de défaut d'exécution, et qu'il aura eu soin de porter à un montant plus élevé que celui de la prestation convenue au profit du tiers [1].

Mais le stipulant peut avoir omis de recourir à ce procédé et avoir à l'accomplissement de l'opération un intérêt personnel. Le droit ancien devait lui refuser une action en exécution en partant de la rigueur d'interprétation des contrats. Le droit classique admet au contraire que, quand, sous l'apparence d'un contrat fait dans l'intérêt d'autrui, il y a un contrat fait dans l'intérêt du stipulant, on donnera à ce dernier une action en réparation du préjudice que lui cause l'inexécution [2]. La seule question est de savoir de quelle nature devra être cet intérêt, s'il devra être un intérêt pécuniaire ou s'il ne pourra pas être un simple intérêt d'affection. Ici comme ailleurs, l'intérêt devra, croyons-nous, être en principe un intérêt pécuniaire, non seulement dans les contrats de droit strict, mais, sauf deux ou trois exceptions, dans les contrats de bonne foi[3].

2. *Promesses pour autrui.* Les promesses pour autrui soulèvent également deux questions : celle de leur effet à l'égard du tiers et de leur effet à l'égard du promettant.

a) *Effet à l'égard du tiers.* La promesse pour autrui ne lie pas le tiers en principe et il n'y a même pour ainsi dire pas d'exception. La seule qu'on puisse relever est, dans le droit de Justinien, la disposition sur la promesse *pro herede* corrélative à celle sur la stipulation *pro herede*. Le

1. *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 19.

2. Exemples, *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 20 : les tuteurs responsables de la gestion de l'un d'eux stipulent de lui *rem pupilli salvam fore* ; un individu stipule qu'on paiera une de ses dettes, qu'on remettra de l'argent à son mandataire.

3. On a soutenu ici, en particulier, que l'intérêt d'affection suffisait dans les contrats de bonne foi en invoquant la finale d'une phrase d'un texte de Papinien, *D.*, 17, 1, *Mandati*, 54, *pr.* : *Placuit prudentioribus affectus rationem in bona fidei judiciis habendam.* Mais, en admettant que cette finale soit de Papinien (en sens contraire, A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 185 et ss.), elle ne constitue qu'une considération générale donnée en faveur d'une solution d'espèce et dont il serait dangereux de tirer une règle d'ensemble. Comme exemples concrets d'action donnée au stipulant, en vertu d'un intérêt d'affection à l'exécution d'une stipulation pour autrui, on peut seulement citer : un texte de Paul, *D.*, 21, 2, *De evict.*, 71, qui donne au père l'action *empti* à raison de l'éviction du fonds constitué en dot à sa fille, mais qui, dans sa forme première, lui donnait seulement sans doute l'action *ex stipulatu duplae* dont l'application s'explique par les principes de la stipulation pénale (cf. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 185, n. 3) ; le texte de Papinien, *D.*, 17, 1, *Mandati*, 54, *pr.*, permettant au vendeur d'un esclave vendu à un individu qui avait reçu de l'esclave le mandat de l'acheter pour l'affranchir, d'intenter contre cet individu l'action *mandati* en exécution de l'affranchissement ; enfin d'autres textes permettant au vendeur d'invoquer les clauses insérées dans le contrat de vente dans l'intérêt de l'esclave vendu (*D.*, 18, 7, *De serv. exp.*, 6 ; 7). Il en était sans doute pareillement en matière de fiducie. Nous ne croyons pas au contraire qu'on puisse avec M. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 193, cf. p. 189, admettre la même chose en matière de contrat verbal.

INSTITUTE OF MEDIAEVAL

droit classique annulait la promesse faite par une personne pour son héritier et, par identité de motif, à tort ou à raison, la promesse faite par elle pour après sa mort ou pour la veille de sa mort; mais il validait d'ailleurs, sous le coup des besoins pratiques, celle faite par elle pour le moment de sa mort. Le droit de Justinien valida les promesses antérieurement nulles en passant pour elles par les deux mêmes étapes que pour les stipulations corrélatives, en validant en 528 celles faites pour après la mort du promettant et pour la veille de sa mort et en 531 celles faites pour l'héritier[1]. Donc désormais, par exception au principe, il y a un tiers qu'on lie en promettant pour lui : c'est l'héritier. Mais c'est la seule exception.

b) *Effet à l'égard du promettant.* Ici encore, en règle, la promesse pour autrui, qui n'oblige pas le tiers, n'oblige pas non plus le promettant. Il n'a pas promis son fait, comme il aurait pu le faire. Il a promis le fait du tiers, comme il ne le pouvait pas. La promesse est nulle, par une conséquence du caractère rigoureux qu'avaient tous les contrats primitifs et qu'ont toujours gardé tous les contrats formels, et tel a certainement été le régime le plus ancien, non seulement à Rome, mais dans tous les milieux juridiques, même dans ceux où ce régime a disparu le plus tôt[2]. Ce qu'a promis le promettant c'est son fait, ce n'est pas celui du tiers, on ne peut pas aller derrière les paroles chercher l'intention des parties[3].

Mais, si la nullité vient des termes de la formule combinés avec la servilité de l'interprétation, elle pourra être écartée par une formule plus explicite et elle n'aura pas de raison d'être dans les contrats d'interprétation plus libre. Elle pourra être écartée par une rédaction plus habile dans le contrat verbal, disent les textes, et elle n'existera pas, croyons-nous, dans les contrats de bonne foi.

La nullité résultant du laconisme de la formule du contrat verbal sera écartée, quand le promettant aura employé une formule plus claire, quand, au lieu de promettre le fait d'autrui (*spondesne Titium fidejussorem fore ?*), il se sera porté fort, il aura promis, ou aura stipulé de lui

1. V. les textes cités, p. 459, n. 2 et 3.

2. M. Esmein, *Mélanges de Rome*, 8, 1888, pp. 426-436, en a relevé un exemple très frappant dans le milieu homérique. C'est la scène de l'Odyssée dans laquelle Héphaistos, ayant constaté l'adultère d'Aphrodite avec Harès, appelle les dieux à témoins. Poseidôn le prie de relâcher Harès et lui promet qu'Harès lui paiera la composition réglée par la coutume des dieux. Mais Héphaistos refuse de se contenter de cette promesse, en expliquant, dans des termes ordinairement mal compris par les traducteurs, qu'elle ne serait pas valable. Poseidôn en fait une nouvelle, non plus pour autrui, mais pour lui-même, promet que, si Harès s'enfuit, il paiera lui-même le montant de la composition. Et alors Héphaistos consent. V. pourtant une interprétation différente dans Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, 1, 1909, p. 11, n. 1.

3. *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 3 : *Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur.*

son fait personnel (*spondesne te effecturum ut Titius fidejubeat* ?)[1]. De plus les parties pourraient encore ici recourir à l'expédient d'une *promissio poenae*, qui n'empêcherait pas la promesse principale de rester nulle, mais qui pousserait le promettant à prendre ses mesures pour la faire exécuter, afin de ne pas encourir le montant de la *poena*[2].

Mais les textes qui parlent de la nullité et des expédients destinés à y parer se rapportent tous au contrat verbal. Si le contrat est de bonne foi, le caractère même du contrat écarte la nullité qui résulte uniquement de la rigueur d'interprétation des contrats verbaux, de ce que les clauses doivent y être explicites. Dans les contrats de bonne foi, le juge peut chercher l'intention des parties derrière les mots quelconques qu'elles ont employés et par conséquent, quand un des contractants aura promis le fait d'un tiers, on ne supposera pas qu'il a voulu faire un acte nul, on supposera qu'il a voulu faire un acte valable, promettre son propre fait, se porter fort. S'il n'y a pas de textes qui le disent expressément, c'est parce qu'il n'y en a pas qui visent le cas spécial, et la solution est commandée par les principes généraux posés par eux[3].

II. Cause du contrat. — Il est impossible de concevoir, dans une législation quelconque, une obligation qui n'ait pas d'objet, une obligation pour laquelle on ne puisse dire *quid debetur*. Au contraire on peut très bien concevoir une obligation qui ait été contractée sans cause, qu'on déclare valable sans se préoccuper de la cause pour laquelle elle a été contractée, du point de savoir *cur debetur*. Nos législations modernes, qui procèdent en cela du droit romain récent, subordonnent en général la naissance de l'obligation contractuelle au caractère réel et licite de la

1. *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 3 (v. p. 462, n. 1) : *Quod si effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligabitur*. On peut d'ailleurs remarquer que, sous le coup de besoins pratiques, les Romains n'ont même pas absolument exigé cette formule explicite pour la validité de certaines promesses imposées par le magistrat. Cf. Girard, *N. R. H.*, 1883, p. 565.

2. *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 21 ; Ulpien, *D.*, 55, 1, *De V. O.*, 38, 2.

3. Il est donc très singulier que, dans notre droit où il n'y a que des contrats de bonne foi, les art. 1119 et 1120, C. civ., aient reproduit la règle qui, à Rome, n'était vraie que pour les contrats de droit strict et aient exigé à peine de nullité que le créancier fasse le débiteur se porter fort. La nullité des promesses pour autrui est forcément lettre morte dans un système où tous les contrats sont de bonne foi. La nullité des stipulations pour autrui se conçoit un peu mieux. Cependant elle ne se concilie pas elle-même très facilement avec l'admission de la représentation, surtout si l'intention de représenter n'a pas besoin d'être exprimée en termes sacramentels : les difficultés doctrinales soulevées par le système, non seulement sur le Code civil, mais dans les pays qui, tout en gardant le droit romain, ont admis la représentation, en sont la preuve. En effet, de deux choses l'une : ou le stipulant est intéressé à l'exécution de la stipulation, et il a une action ; ou il ne l'est pas, et alors il a eu l'intention de représenter l'intéressé. Le seul motif rationnel qui resterait à notre sens de distinguer les deux théories se rattacherait au point de savoir si le tiers seul a une action en vertu de l'idée de représentation ou si, dans une mesure plus ou moins large selon l'intention des parties, le stipulant en a lui-même une.

cause, c'est-à-dire, dans la terminologie technique actuelle[1], du but immédiat en vue duquel le débiteur a consenti à s'obliger. C'est même la raison qui rend important de distinguer la cause, but immédiat en vue duquel on s'oblige, mobile de droit, invariable, toujours le même dans le même acte juridique, pour le même contrat concret, et le simple motif, mobile de fait, variant pour le même contrat avec les cas isolés, qui porte précisément à poursuivre le but dans lequel consiste la cause, qui est, a-t-on dit, la cause de la cause[2]. Dans ce système, le contrat qui dépend de sa cause ne dépend pas de son motif. Mais il peut également exister des législations qui considèrent l'obligation comme aussi indépendante de sa cause que de son motif, comme existant par elle-même, abstraction faite de l'une et de l'autre. Et, si le premier système est un développement logique des principes du droit romain récent, le dernier est celui de l'ancien droit romain.

1. Dans le vieux droit romain où il n'y a que des contrats formels, le contrat est, dans sa validité, indépendant de sa cause en vertu de son principe même[3]. Le débiteur est obligé à raison de l'accomplissement d'une solennité, par exemple, dans le contrat verbal, à raison de sa réponse régulière à l'interrogation du créancier. Il ne l'est pas sans elle. Il l'est par elle, quoi qu'il arrive pour le surplus, quand bien même la cause en vue de laquelle il s'est obligé n'existait pas en réalité (ainsi quand il a promis une somme d'argent, croyant la recevoir en prêt, et que les deniers ne lui ont pas été versés ; quand il a promis un bœuf en vertu d'une convention d'échange, croyant qu'on lui promettrait un cheval, et que l'autre promesse ne lui a pas été faite ou qu'elle est nulle pour vice de formes ; quand il a promis un prix de vente, croyant qu'on lui promettrait la chose, et que l'autre partie n'a pas pris cet engagement), quand bien même la cause en vue de laquelle il a fait cette promesse serait illicite ou immorale (quand il a promis cette somme au créancier

1. Cette terminologie est étrangère au droit romain où le mot *causa* est employé dans des acceptions très variées et en particulier désigne indistinctement la cause et le motif des obligations. V. par ex. *causa* dans le sens de motif chez Paul, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 65, 2.

2. Ainsi l'obligation d'un emprunteur d'argent aura toujours pour cause la translation de propriété de la somme prêtée, la numération des espèces ; le motif pourra consister dans l'une quelconque des raisons innombrables pour lesquelles on peut désirer avoir de l'argent comptant. L'obligation d'un acheteur aura toujours pour cause l'obligation corrélative prise envers lui par le vendeur de lui faire avoir la chose vendue ; le motif sera la raison quelconque pour laquelle l'acheteur désire avoir cette chose.

3. L'existence de la cause a été, si l'on veut, un élément essentiel du *nexum*, tant que la pesée des deniers a dû y être réelle ; mais il est à croire que, dès avant l'introduction de la monnaie émise par l'Etat, la nécessité de procéder à la constitution de dot, par exemple, a dû conduire à admettre que la pesée réelle pourrait être remplacée par une pesée fictive aussi bien en matière de *nexum* qu'en matière de mancipation.

pour le déterminer à commettre un délit ou pour l'empêcher de commettre un délit). Le contrat formel existe par lui-même, indépendamment des raisons qui le font conclure [1]. C'est, a-t-on dit, un corps simple, un contrat abstrait. Pour qu'il dépende, dans sa validité, de sa cause, de son motif, il faudrait qu'on fît de cette cause, de ce motif, une condition, comme on ne le peut pas dans tous les contrats formels, mais comme on le peut tout au moins dans le contrat verbal [2].

2. Au contraire, dans le droit postérieur, les contrats non formels ont leur existence subordonnée à l'existence d'une cause réelle et licite et on a fini par subordonner à la même exigence l'efficacité des contrats formels.

a) A la différence des contrats formels, qui sont, a-t-on dit, des contrats abstraits, des corps simples, les contrats non formels sont des corps composés, des contrats concrets qui ne sont soustraits à la règle *ex pacto actio non nascitur* qu'à condition de rassembler en eux certains éléments. Cela peut entraîner, au point de vue de la preuve, des complications dont l'absence constitue une supériorité pratique du contrat formel [3]. Cela produit aussi des conséquences au point de vue de la cause ; car l'existence d'une cause réelle et licite se trouve en fait toujours impliquée parmi ces éléments du contrat. Il en est ainsi dans les contrats synallagmatiques, où la cause de l'obligation d'une des parties est l'objet de l'obligation des autres et où par conséquent le contrat, dans lequel l'obligation d'une des parties n'aurait pas de cause ou aurait une cause illicite, se trouverait déjà nul parce que l'obligation de l'autre n'aurait pas d'objet ou aurait un objet illicite. Mais il en est de même dans les conventions unilatérales exceptionnellement munies d'action, où la cause est nécessairement un des éléments nécessaires pour constituer le type d'opération exceptionnellement rendue obligatoire, ainsi pour le *mutuum*, où la numération des deniers, qui est la cause de l'engagement de l'emprunteur, est un des éléments essentiels du contrat, ainsi pour le constitut, où l'existence d'une obligation préexistante en raison de laquelle on prend un jour de paiement est un des éléments essentiels du pacte prétorien. De même il n'y a aucune convention ayant une cause immorale ou illicite dont on ait fait un contrat non formel. La convention ayant une fausse cause ou une cause illicite ne sera jamais valable comme contrat non formel. Il sera donc toujours inutile de faire de l'existence

1. V. par exemple pour le contrat verbal, Gaius, 4, 116 *a* : *Si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim... eam pecuniam a te peti posse certum est ; dare enim te oportet cum ex stipulatu teneris.*

2. Cf. sur la distinction, Julien, *D.*, 39, 5, *De donat.*, 2, 7.

3. Cf. sur ces avantages et sur les tentatives modernes faites en conséquence pour ressusciter, même en dehors du contrat formel, le contrat abstrait de sa cause, Saleilles, *Obligation d'après le projet du Code civil allemand*, pp. 275-287.

de cette cause une condition de formation du contrat. Ce ne serait que pour le motif que cette précaution resterait utile.

b) Les contrats formels au contraire restent toujours dans leur naissance indépendants de leur cause. Et par suite même il serait toujours utile de faire de l'existence de leur cause une condition. Mais on est tout au moins arrivé à en paralyser l'effet, quand ils ont été conclus sans cause ou pour une cause illicite [1].

Au cas d'absence de cause, c'est-à-dire pratiquement au cas où le débiteur s'est engagé en croyant à l'existence d'une cause qui n'existait pas, il est, à l'époque classique, protégé à la fois par le droit prétorien et par le droit civil. Le préteur lui donne une exception de dol pour refuser l'exécution de l'engagement qu'il a pris sans cause [2]. Le droit civil lui donne une action personnelle, une *condictio*, soit pour demander la restitution de ce qu'il a versé, quand il a exécuté cet engagement par erreur (*condictio indebiti*), soit même auparavant pour demander sa libération (*condictio sine causa*) [3]. Seulement, à la différence du débiteur engagé par contrat non formel qui pourrait laisser au prétendu créancier le soin de prouver l'existence de la cause, ce sera, qu'il use d'un moyen ou de l'autre, au débiteur qui prétend avoir le droit de ne pas exécuter son engagement à prouver qu'il l'a pris sans cause. Il n'en serait autrement que dans un cas du droit nouveau que nous retrouverons plus loin, dans celui où le débiteur a promis une somme d'argent par contrat verbal en croyant la recevoir à titre de prêt et où sa simple allégation qu'il ne l'a pas reçue astreint le créancier à prouver qu'il l'a bien versée [4].

Au cas de cause illicite, celui qui s'est engagé pour une cause illicite, pour que le créancier commette un délit ou s'abstienne d'en commettre un, a une exception de dol pour ne pas exécuter le contrat [5]. Mais aura-t-il une action pour répéter ou demander sa libération ? Non, si la cause est illicite des deux côtés (somme promise à une personne pour qu'elle commette un délit) [6] ; oui, si elle est illicite seulement du côté du créancier (somme promise à une personne pour l'empêcher de commettre un délit) [7].

1. Cf. sur un développement du droit anglais analogue, mais limité aux contrats reposant sur une cause immorale ou illicite, à l'exclusion des contrats sans cause, Esmein, *N. R. H.*, 1893, p. 565.

2. Gaius, 4, 116 *a*, après les mots rapportés p. 465, n. 1, continue en disant : *Sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.*

3. Julien, *D.*, 12, 7, *De cond. sine causa*, 3 : *Condictione consequi posunt ut liberentur.*

4. V. à ce sujet la version remaniée de Gaius, 4, 116 *a*, donnée par Justinien, *Inst.*, 4, 13, *De except.*, 2.

5. *D.*, 12, 5, *De cond. ob turp. vel injust. causam*, 8.

6. *D.*, *h. t.*, 8.

7. *D.*, *h. t.*, 2.

III. Consentement, vices, capacité des parties. — A. *Consentement.* Puisque tout contrat est un pacte transformé en contrat par l'accomplissement des solennités d'un contrat formel ou élevé par une faveur exceptionnelle à la qualité de contrat non formel, il ne peut y avoir de contrat sans l'accord de volontés qu'implique le pacte. Que le contrat soit un contrat unilatéral, où une seule partie s'oblige, ou un contrat synallagmatique, où les deux parties le font, il suppose comme base un consentement réciproque, un accord de volonté des parties (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*).

Il n'y a pas de consentement, ni par conséquent de contrat :

1° Quand, au lieu d'un accord de volontés, il n'y a eu qu'une volonté unique de la partie qui veut s'obliger (*pollicitatio*)[1]. La *pollicitatio* n'oblige pas en principe celui qui l'exprime. C'est, à l'époque où il n'y a que des contrats formels, une conséquence des formes du *nexum*, du contrat verbal et du contrat littéral, qui exigent pour tous trois un acte du créancier, mais ce n'est pas moins vrai à l'époque où il existe d'autres contrats. Le débiteur ne se trouve obligé sans convention que dans deux cas exceptionnels : l'un du droit ancien, le *votum*[2], promesse à une divinité, qui est obligatoire par elle-même, sans accord de volontés, dans un sens qui n'a d'ailleurs peut-être pas toujours été le même ; l'autre du droit récent, la *pollicitatio* faite à une cité[3], qui, dans le droit impérial, est obligatoire par elle-même, quand elle est faite en vertu d'une juste cause (*ob honorem decretum sibi vel decernendum*), mais qui en dehors de là ne l'est qu'après avoir reçu un commencement d'exécution[4]. Certains textes littéraires semblent en outre supposer la validité d'une autre déclaration unilatérale dont nous avons plusieurs exemples concrets, la promesse d'une récompense à celui qui rapportera un objet perdu, qui ramènera un esclave fugitif (*indicium*)[5] ; mais ils se placent sans doute simplement en face des usages extrajuridiques de la vie courante.

2° Quand les volontés ne se sont pas rencontrées, quand l'offre a été retirée avant d'avoir été acceptée, ce qui rationnellement pourrait se concevoir à peu près partout, même dans les contrats formels, mais ce qui est surtout pratique pour les contrats non formels qui peuvent se conclure entre absents, par lettre ou messager (*per nuntium vel epistulam*) et dont certains aussi se faisaient encore plus qu'aujourd'hui par

1. *D.*, 50, 12, *De polliciationibus*, 3, *pr.* : *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum.*
2. *D.*, *h. t.*, 2 : *Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur.* Cf. A. Pernice, *Zum römischen Sacralrecht*, 1, *Sitzungsberichte* de Berlin, 1885, pp. 1146-1149.
3. Cf. Pernice, *Labeo*, 1, p. 279. Kniep, *Societas publicanorum*, 1, 1896, pp. 380-388.
4. Juste cause : *D.*, *h. t.*, 11. Commencement d'exécution : *D.*, *h. t.*, 1, 2. Les deux : *D.*, *h. t.*, 3, *pr.*
5. V. les exemples et la littérature, *Textes*, p. 859.

voie de mise aux enchères[1] ; d'où la question de savoir dans les deux cas à quel moment les deux volontés seraient réputées s'être rencontrées irrévocablement[2].

3° Quand le consentement n'est pas sérieux, a été donné seulement en apparence (*jocandi causa*). Cette cause d'inexistence du contrat n'était peut-être pas reconnue anciennement pour les contrats formels : mais elle est déjà signalée à la fin de la République par Varron, qui cite en termes d'ailleurs assez impropres l'acteur qui s'est engagé par contrat verbal dans un rôle de théâtre[3]. Seulement il ne faudrait pas confondre avec ce cas celui de simulation, où le consentement est bien sérieux, où les volontés se sont bien accordées, mais où elles l'ont fait dans un sens autre que celui indiqué par l'acte apparent ; par exemple, au cas de donation déguisée sous la forme d'une vente. A Rome, la simulation n'empêchera pas l'acte d'être valable, s'il présente les éléments requis pour la validité de l'acte vrai, mais elle ne l'empêchera pas d'être nul, s'il ne les présente pas[4].

On pourrait encore ramener au défaut de consentement une partie des causes de nullité des contrats qui se rattachent à la capacité des parties et même aux vices. Nous trouvons plus commode d'étudier d'une manière distincte, d'abord la théorie des vices du consentement, puis celle de la capacité des parties.

1. Le système des enchères était notamment pratiqué à Rome pour la mise à ferme des revenus et travaux publics (cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 4, pp. 115-116), pour la vente des gages saisis dans la procédure d'exécution la plus récente (*pignus ex judicati causa captum*) et aussi, beaucoup plus qu'aujourd'hui, pour les ventes volontaires des particuliers ; v. pour les détails Mommsen, *Hermes*, 12, 1877, p. 100 = *Ges. Schr.*, 3, pp. 232-233. E. Caillemer, *N. R. H.*, 1877, p. 398. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 629-631.

2. Pour les deux cas, la question a plutôt été discutée en raison qu'à l'aide de textes romains décisifs. En matière de contrats entre absents, l'offre d'une partie n'est pas obligatoire pour elle, tant qu'elle n'est pas arrivée à la connaissance du créancier ; car il ne peut être question d'un accord de deux volontés, tant que la seconde ne connaît pas la première. Mais une fois cette offre connue du futur créancier, on se demande à partir de quel moment elle devient irrévocable pour son auteur. D'après les uns, c'est à partir du moment où l'autre partie a manifesté son intention de l'accepter (système de la déclaration) ; d'après d'autres, c'est à partir de celui où cette manifestation de volonté est parvenue à l'auteur de l'offre, ce dernier n'en eût-il pas encore connaissance (système de la réception) ; d'après d'autres, c'est seulement à partir de celui où il en a eu connaissance (système de la connaissance). V. les détails et la bibliographie dans Windscheid, 2, §§ 306-307. Quant aux enchères, on discute aussi si le contrat se forme par l'offre la plus avantageuse ou s'il ne faut pas en outre une acceptation. Peut-être faudrait-il même faire des distinctions. Détails et bibliographie dans Windscheid, 2, § 308, n. 10 et ss.

3. Varron, *De l. L.*, 6, 72 : *Non spondet ille statim qui dixit spondeo si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque si qui dicit in tragoedia : Meministine te spondere mihi gnatam tuam ? quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu*. *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 3, 2.

4. *C.*, 4, 22, *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*.

B. *Vices du consentement.* Les vices du consentement peuvent, en droit romain développé comme dans notre droit civil, être ramenés à trois idées : celles de l'erreur, du dol et de la crainte. Mais la façon dont ces trois vices atteignent la validité du contrat et les procédés par lesquels ils ont été pris en considération diffèrent beaucoup des conceptions d'aujourd'hui.

1. *Erreur*[1]. L'erreur (*error*, *ignorantia*), croyance à une chose fausse, intervient à Rome pour empêcher le contrat d'être formé, en vertu de principes absolument semblables à ceux qui empêchent le contrat de se former pour défaut de consentement, notamment dans le cas où le consentement n'est pas sérieux. Ici comme là on a exprimé ce qu'on ne voulait pas. Toute la différence est qu'ici cela a été sans en avoir conscience. L'erreur exclusive du consentement se présente, selon la doctrine romaine, dans trois cas principaux : *error in negotio*, *error in persona* et *error in corpore*.

a) *Error in negotio.* L'erreur sur la nature du contrat, qui n'est possible que dans les contrats non formels, se présente quand l'une des parties a voulu faire un acte et l'autre un acte différent. Quand l'un a voulu faire un dépôt et l'autre recevoir un *mutuum*, par exemple, il n'y a ni dépôt ni *mutuum*[2].

b) *Error in persona.* Le droit classique considère l'erreur sur l'identité de la personne avec qui l'on traite comme entraînant le défaut de consentement et par conséquent la nullité du contrat : ainsi quand on reçoit des deniers en prêt d'une personne, croyant les recevoir d'une autre, le contrat de *mutuum* ne se forme pas[3].

En revanche, l'erreur sur les qualités de cette personne est indifférente[4].

c) *Error in corpore.* L'erreur sur la chose qui fait l'objet du contrat empêche également l'accord des volontés et par conséquent la formation du contrat quand elle porte sur l'identité de cette chose, quand on a vendu un fonds pour un autre, promis par un contrat verbal un esclave

1. Cf. Savigny, *Traité*, 3, §§ 135-140. Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, 1879. R. Leonhard, *Irrtum als Ursache nichtiger Verträge*, 1, 2, 2e éd., 1907.

2. Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 18, 1. Assurément l'*accipiens* sera tenu de rendre : mais ce ne sera ni comme dépositaire, ni comme emprunteur. Le *tradens* aura une *condictio* pour réclamer la chose, mais ce ne sera pas en vertu d'un *mutuum* qui n'existe pas. Ce sera une *condictio sine causa*, en face de laquelle, par exemple, le débiteur ne pourra se prévaloir du terme auquel il eût eu droit dans le *mutuum*.

3. Celse, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 32, donne en pareil cas une *condictio* (*sine causa*, appelée du nom de l'auteur du texte *condictio Juventiana*), *non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest*; *sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est*.

4. Paul, *D.*, 18, 2, *De in diem add.*, 14, 3, déclare valable, en conséquence, même le contrat fait avec un esclave qu'on croyait libre.

croyant en promettre un autre[1]. En revanche, ici encore l'erreur sur la qualité est indifférente. Seulement il y a deux situations intermédiaires pour lesquelles, au moins dans certains contrats, les textes font une réserve, dans lesquelles on admet la nullité produite par le défaut de consentement sans qu'il y ait erreur véritable sur l'identité de la chose. Ce sont les cas d'erreur sur la substance (*error in substantia*) et d'erreur sur la quantité (*error in quantitate*).

L'erreur sur la substance, c'est-à-dire, dans la notion romaine, exclusivement l'erreur sur la matière de la chose ou sur le sexe d'un esclave est, au fond, une erreur sur une qualité et par suite elle n'a aucune influence sur la validité des contrats de droit strict[2]. Mais on a fini par admettre, après controverse, qu'elle empêcherait le contrat de se former en matière de contrats de bonne foi, particulièrement en matière de vente[3].

Quant à l'erreur sur la quantité, en laissant de côté le contrat verbal où la question de consentement se complique d'une question de formes, il peut arriver, en matière de vente, de louage, d'autres contrats de bonne foi encore, qu'il y ait une erreur sur la somme qu'une des parties s'engage à verser à l'autre, ainsi sur le prix de vente, sur le taux du loyer. Les jurisconsultes sont arrivés à admettre, par une interprétation des volontés facile à comprendre, que cette erreur serait exclusive du consentement quand le créancier voulait une somme plus élevée que celle à laquelle entendait s'engager le débiteur, mais ne le serait pas au cas inverse[4].

1. Vente : Ulpien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 9, *pr.* Contrat verbal : *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 23.
2. V., pour le contrat verbal, Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 22.
3. On remarquera donc : 1° que l'erreur sur la substance n'est pas du tout à Rome, comme dans la doctrine de nos anciens auteurs suivie par les interprètes de l'art. 1110 du C. civ., l'erreur sur la qualité qui détermine la partie à acheter. Il y a pour les Romains erreur sur la substance quand on achète du cuivre pour de l'or, du plomb pour de l'argent, du vinaigre pour du vin (Ulpien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 9, 2), une table recouverte d'argent pour une table d'argent massif (Julien, *D.*, *h. t.* 41, 1), une esclave pour un esclave (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 11, 1), mais non quand on achète de l'or de basse qualité au lieu d'or fin (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 14), du vin aigri au lieu de bon vin (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 9, 2 ; cf. Ehrlich, *Studi in onore di V. Scialoja*, 1, 1905, pp. 733-742), des vêtements usés au lieu de vêtements neufs (Marcien, *D.*, *h. t.*, 45) et même, selon Paul, des tables de bois commun au lieu de tables de bois précieux (Paul, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 21, 2). Le texte de Paul est d'ailleurs souvent compris comme indiquant qu'il n'admettait pas de nullité résultant de l'erreur sur la substance, et telle était certainement la doctrine de Marcellus, d'après Ulpien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 9, 2 ; — 2° que la nullité, résultant du défaut de consentement, n'est pas, comme dans le C. civ., art. 1117, une nullité relative invocable seulement par la partie qui s'est trompée, mais une nullité absolue existant à l'encontre des deux (v. Julien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 41, 1, qui donne en conséquence une *condictio* pour réclamer le prix et Ulpien, *D.*, *h. t*, 11, 1, qui dit qu'il n'y a ni *emptio* ni *venditio*).
4. Pomponius, *D.*, 19, 2, *Locati*, 52.

2. *Metus*. La crainte (*metus*) n'empêche pas celui qui l'éprouve d'avoir une volonté. Elle détermine seulement cette volonté[1]. Et par conséquent, à la différence de l'erreur, elle n'entraîne jamais l'inexistence du contrat pour défaut du consentement. Seulement nous avons déjà vu (p. 428) que les moyens introduits par le préteur pour réprimer la violence ont abouti à permettre à la partie qui s'était engagée sous son empire d'arriver pratiquement à la résiliation du contrat, soit en repoussant l'action du créancier par l'*exceptio metus*, soit en prenant les devants au moyen de l'action *metus* ou de la demande de l'*in integrum restitutio*. Et cela est également vrai dans les contrats de bonne foi et dans ceux de droit strict. Mais il y a plus en matière de contrats de bonne foi. Là la victime de la violence est en outre protégée par le droit même de son contrat, en vertu duquel elle peut refuser d'exécuter l'engagement entaché de violence sans avoir besoin de faire insérer l'*exceptio metus* dans la formule délivrée contre elle, et elle peut se plaindre des faits de violence par l'action même du contrat, qui est préférable à l'action *metus* à raison de son caractère perpétuel et transmissible[2].

3. *Dol*. Le dol (*dolus malus*) peut avoir déterminé une erreur exclusive du consentement. Et alors le contrat est nul, non pas à raison du dol, mais à raison de l'erreur, parce qu'il n'y a pas de contrat sans consentement. En dehors de là, le dol qui a déterminé le consentement n'empêche d'exister ni ce consentement ni par conséquent le contrat. Et il a même toujours continué à être sans influence sur le contrat, quand il émane d'un tiers ; car, à la différence de la violence, le dol ne peut être invoqué que contre son auteur. Mais, s'il a été commis par une des parties contre l'autre, il fait naître, depuis la fin de la République, en matière de contrats de droit strict, les moyens prétoriens que nous avons vu aboutir encore pratiquement à la résiliation du contrat : au profit du créancier trompé, l'action arbitraire *de dolo* : au profit du débiteur, non pas l'action qui, ne lui étant pas indispensable, lui est refusée à raison de son caractère subsidiaire, mais l'exception[3]. En matière de contrats de bonne foi, la partie trompée n'a jamais l'action ; mais c'est parce qu'elle est déjà protégée par le droit même de son contrat. Elle peut, à sa guise, ou se laisser poursuivre par l'action du contrat

1. *Coacta voluntas tamen voluntas est*, dit une formule proverbiale. *Quamvis si liberum esset noluissem, tamen volui*, dit Paul, *D.*, 4, 2, *Q. m. c.*, 21, 5. Il y a, dit-on, seulement une *vis impulsiva* qui détermine à vouloir, par opposition à la *vis physica*, exclusive du consentement, comme est par exemple celle commise quand on force une personne à signer en lui tenant la main.

2. Cf. Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 116. La doctrine ancienne, d'après laquelle le contrat de bonne foi formé sous l'empire de la crainte serait nul, est aujourd'hui généralement abandonnée. V. pour la bibliographie et pour d'autres systèmes plus récents, Windscheid, 1, § 80, n. 2.

3. *D.*, 4, 3, *De d. m.*, 40.

qui, sans qu'il y ait besoin d'insérer d'exception dans la formule, lui donnera, par son caractère de bonne foi, le droit de soumettre les faits de dol au juge [1], ou prendre les devants en intentant sa propre action du contrat [2], qui a sur l'action de dol accordée au créancier du contrat de droit strict d'abord l'avantage de n'être pas subsidiaire, ensuite celui d'être perpétuelle et intégralement transmissible contre l'auteur du dol [3]. Ici comme en matière de *metus*, la victime est désormais protégée, que le contrat soit un contrat de bonne foi ou un contrat de droit strict, mais elle l'est plus complètement dans les contrats de bonne foi que dans les contrats de droit strict.

C. *Capacité des parties*. La capacité, c'est-à-dire l'aptitude d'une personne à figurer en son nom propre dans un acte juridique, est la règle en matière de contrats comme ailleurs. Il suffira donc de signaler les incapacités, déjà connues en partie, qui empêchent une personne de figurer valablement dans un contrat soit au point de vue actif, soit au point de vue passif. Ici encore il faut distinguer la capacité de droit et la capacité de fait.

1. *Capacité de droit*. Les incapacités touchant à la capacité de droit se réfèrent comme partout aux trois *status*.

a) L'esclave, qui n'a pas le *status libertatis*, dont la personnalité n'est pas reconnue *jure civili* et ne l'a été *jure naturali* qu'en droit récent, peut bien devenir le sujet d'une obligation naturelle, mais ne peut devenir civilement créancier ou débiteur par aucun contrat [4]. Et il en est de même de la personne *in mancipio*, qui est *loco servi* [5].

b) Le pérégrin, qui n'a pas le *status civitatis*, a sa personnalité reconnue non seulement par le droit naturel, mais par le droit des gens.

1. Julien, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 84, 5 : *Judicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem*. Ulpien, *D.*, 24, 3, *Solut. matr.*, 21.

2. *D.*, 4, 3, *De d. m.*, 9, *pr.* ; 7, 3.

3. Les anciens auteurs ont encore soutenu que le contrat de bonne foi était nul pour cause de dol, sinon au cas de dol quelconque, au moins au cas de dol principal, de *dolus causam dans contractui*, c'est-à-dire de dol qui a déterminé à contracter, par opposition au *dolus incidens*, au dol incident, qui a seulement modifié les conditions du contrat. Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Nous croyons même douteux qu'on puisse admettre avec une autre doctrine encore soutenue (Regelsberger, § 146, n. 8), une différence théorique tenant à ce que le premier dol donnerait seul une action en rescision, accordée par exemple par Ulpien, *D.*, 19, 1, *De A. E.*, *V.*, 11, 5, et le second uniquement une action en indemnité, visée par exemple par lui, *D.*, *h. t.*, 13, 4. Cette distinction ne nous paraît conforme ni aux textes ni surtout au système de procédure en vigueur à l'époque de leur rédaction : les textes qu'on oppose ne visent pas des catégories de dol distinctes juridiquement et, sous la procédure formulaire, le droit de se plaindre du dol se manifestait partout par une action, aboutissant partout à une condamnation pécuniaire, dont le montant pouvait seulement différer en fait selon les circonstances.

4. Ulpien, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 14 (p. 98, n. 2).

5. Gaius, 3, 104. Cf. p. 132 et ss.

Il peut donc figurer activement et passivement dans tous les contrats du droit des gens. Mais, à moins d'avoir reçu, comme les Latins, la concession du *commercium*, il ne peut figurer dans les contrats du droit civil. Ces contrats sont le *nexum*, le contrat littéral, sauf une controverse accessoire relative à la possibilité de s'obliger par une de ses formes, et enfin le contrat verbal dans sa forme la plus ancienne où on employait pour faire naître l'obligation le verbe *spondere* [1]. Le contrat verbal était en revanche accessible aux pérégrins, longtemps avant la fin de la République, dans d'autres formes regardées comme de droit des gens, où on se servait de verbes différents, et ils pouvaient en outre figurer dans les contrats non formels, qui sont tous de droit des gens [2] : ce qui fait qu'ils pouvaient figurer activement et passivement dans tous les contrats à l'époque de Justinien, où le *nexum* et le contrat littéral avaient disparu, et à peu près dans tous les contrats, à l'époque classique, où le *nexum* et le contrat littéral étaient en désuétude pratique [3].

c) Au point de vue du *status familiae*, la personne *in patria potestate* n'est, dans le droit des temps historiques, affectée de ce chef d'aucune incapacité [4] : le fils de famille est capable de devenir créancier par tous les contrats, bien que les effets de cette capacité théorique soient, jusqu'aux restrictions résultant de la théorie des pécules et des biens adventices, stérilisés par le principe qui fait passer le bénéfice de ses acquisitions au père (p. 140 et ss.) et il est manifestement capable de devenir débiteur par tous les contrats [5]. Nous remarquerons seulement : 1° qu'il en était, à notre avis, autrement dans le droit ancien où le fils, qui pouvait rendre le père créancier comme les autres personnes en puissance, n'était sans doute pas plus qu'elles capable de s'obliger par un contrat, dont l'exécution contre lui n'eût pas été possible sans porter atteinte à la puissance du père [6] ; 2° qu'à la fin de la République et sous

1. Nous retrouverons les trois contrats. Le *nexum*, mode de s'obliger *per aes et libram*, est nécessairement réservé comme la mancipation, mode d'aliéner *per aes et libram*, aux personnes qui ont le *commercium* (p. 296, n. 4). V. pour le contrat littéral, Gaius, 3, 133, et, pour la *sponsio*, Gaius, 3, 93.

2. On peut cependant remarquer que la fiducie, qui est dans le fond des choses un contrat non formel, se trouve inaccessible aux pérégrins, parce qu'elle ne peut se greffer que sur la mancipation ou l'*in jure cessio*.

3. Autres formes de s'obliger *verbis* : Gaius, 3, 93. *Mutuum* : Gaius, 3. 132. Vente, louage, société, gage, commodat, dépôt (et sans doute mandat et gage : *et ceteri similes contractus*) : Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 7, *pr.* 1. Il n'est guère douteux qu'il en soit de même des contrats innommés et des pactes munis d'actions par le préteur et le droit impérial.

4. A moins qu'on ne veuille avec Gaius, 3, 104, relever son incapacité de devenir créancier ou débiteur du *paterfamilias* ou d'un membre de la *domus*, qui n'est qu'une conséquence de l'unité familiale.

5. Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 39 (p. 143, n. 2).

6. C'est la considération qui nous semble décisive. On a en outre contesté que le fils fût capable de s'obliger à l'époque ancienne en partant d'un texte selon le-

l'Empire, certaines limitations sont apportées par des dispositions du droit positif à la capacité de s'obliger par contrat : ainsi par le sénatus-consulte Macédonien, aux termes duquel le fils de famille auquel on a prêté de l'argent pendant qu'il était en puissance a une exception contre l'action en restitution ; ainsi par la disposition plus large et plus ancienne de l'édit selon laquelle le fils qui n'a pas recueilli la succession paternelle peut obtenir du préteur de n'être condamné à raison des contrats qu'il a faits étant en puissance que dans la limite de ce qu'il possède (*in id quod facere potest*)[1].

2. *Capacité de fait.* Les incapacités de fait se rattachent, comme on sait, à l'âge, au sexe, à l'altération des facultés mentales et à la prodigalité.

Les aliénés et les *infantes* sont incapables de figurer dans les contrats soit comme créanciers, soit comme débiteurs[2].

Les prodigues sont incapables de figurer dans les contrats comme débiteurs et peuvent y figurer comme créanciers (p. 204, n. 4).

Les impubères sortis de l'*infantia* sont également capables d'y figurer comme créanciers ; mais ils ne peuvent y figurer comme débiteurs, sauf, s'ils sont *sui juris*, avec l'*auctoritas tutoris*[3].

quel il ne peut s'obliger par *votum* (cf. p. 467, n. 2) sans l'*auctoritas patris* (*D.*, 50, 12, *De pollicit.*, 2, 1). C'est, a-t-on dit, une survivance en matière religieuse de ce qui avait commencé par être vrai en toute matière. Par malheur, cet argument conduirait à une conséquence qui peut faire reculer : car il faudrait alors aussi admettre que le fils pouvait anciennement en toute matière s'obliger avec l'*auctoritas patris*, tandis que l'*auctoritas* apparaît comme propre à la tutelle (p. 205, n. 2) ; il vaut donc mieux, croyons-nous, se borner à voir là un droit religieux spécial. Cf. Pernice, *Sitzungsberichte* de Berlin, 1886, p. 117. Mais au contraire l'autre argument nous paraît d'une grande force. Il est impossible que l'ancien droit ait admis une obligation du fils sans possibilité d'exécution. Or l'exécution sur la personne, qui existe seule dans l'ancien droit, est en contradiction avec la puissance paternelle dont elle serait la violation. La conciliation a été faite en matière de délits par le système des actions noxales. Si on ne rencontre pas en matière de contrats de formation analogue, c'est qu'anciennement les contrats du fils ne pouvaient pas faire courir à la puissance paternelle les mêmes risques, c'est qu'ils ne pouvaient donner lieu à exécution sur la personne du fils et que par conséquent le fils était incapable de s'obliger par contrat. V. en ce sens Mandry, *Gemeines Familiengüterrecht*, 1, 1871, p. 340 et ss. ; Cuq, *Institutions*, 1, p. 48, n. 4 ; Eisele, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, 1896, p. 168 et, en vertu d'un autre argument qui nous semble moins sûr (extinction des dettes de l'adrogé, p. 199, n. 3), Desserteaux, *N. R. H.*, 1912, pp. 435-439. En sens contraire, Pernice, *Labeo*, 1, p. 103 et ss.

1. Nous retrouverons le sénatus-consulte Macédonien. V. le texte de l'édit sur les engagements du fils qui n'a pas recueilli la succession paternelle, *D.*, 14, 5, *Quod cum eo*, 2, *pr.* (*Textes*, p. 151).

2. Cf. les textes cités, p. 203, n. 2 et 3. Il peut être utile de remarquer dès ici que l'*infans* et les femmes, incapables de devenir créanciers et débiteurs par leurs contrats, sont en même temps privés, quand ils sont *alieni juris*, du pouvoir de rendre leurs chefs de famille débiteurs *jure praetorio*.

3. *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 9 ; 10 ; cf. p. 204. Ici encore l'âge a une influence, en même temps que sur la capacité de la personne de s'obliger elle-même, sur

Les mineurs de vingt-cinq ans sont encore capables d'y figurer comme créanciers ; mais ils ne peuvent y figurer comme débiteurs que sauf le risque de l'*in integrum restitutio*, depuis l'édit sur la minorité (p. 234) et, à l'époque récente, qu'avec le *consensus curatoris*, si ce sont des mineurs en curatelle (p. 239).

Enfin les personnes du sexe féminin sont capables de figurer activement dans les contrats ; mais leur incapacité les empêche d'y figurer comme débitrices, sauf avec l'*auctoritas tutoris*, si ce sont des femmes *sui juris*, sans possibilité de relèvement, si ce sont des personnes *alieni juris*, en particulier des filles de famille et des femmes *in manu* [1]. Seulement cette incapacité de s'obliger par contrat n'a pas toujours subsisté pour elles. Elle a sans doute disparu pour les femmes *sui juris* avec la tutelle des femmes, à une époque postérieure à Dioclétien, dans le cours du IVe siècle [2]. Pour les femmes *alieni juris*, on a, surtout anciennement, soutenu parfois qu'elle aurait disparu soit dès le début de l'Empire, soit dès le temps des Antonins, soit au moins à celui des Sévères. Elle a, croyons-nous, subsisté autant que la tutelle des femmes *sui juris*, qui n'est qu'une autre expression de la même idée, par conséquent jusqu'après le temps de Dioclétien [3]. A partir de là, les femmes *sui*

son pouvoir d'obliger le *paterfamilias* quand elle est *alieni juris*. L'impubère auquel on a confié un pécule, au lieu d'obliger le *paterfamilias de peculio et de in rem verso*, ne l'oblige que dans la limite de l'enrichissement du pécule (Ulpien, *D.*, 15, 1, *De pec.*, 1, 4 : *Si cum impubere filio familias vel servo contractum sit, ita dabitur in dominum vel patrem de peculio, si locupletius eorum peculium factum sit*).

1. Nous ne parlons pas des femmes esclaves ou *in mancipio* ; car la question de capacité ne peut se poser que pour des personnes du sexe féminin qui, en dehors de leur sexe, seraient capables de droit. Il est clair que la femme esclave est incapable de s'engager par contrat tout comme l'esclave du sexe masculin. Mais on peut se demander, pour les personnes du sexe féminin *in potestate*, *in manu* ou *in mancipio*, si le sexe ne devait pas avoir, au point de vue de leur aptitude à figurer dans les actes juridiques, une autre influence symétrique à celle exercée par l'âge : celle de restreindre leur pouvoir d'engager le *paterfamilias de peculio* au montant de l'enrichissement du pécule (cf. p. 474, n. 3). C'est une idée qui semble naturelle en présence de la symétrie d'influence de l'âge et du sexe et dont, malgré la révision qu'ont subie les textes dans les compilations de Justinien, il est probablement resté des vestiges au Digeste et au Code (n. 3).

2. L'incapacité des femmes en tutelle de s'obliger par contrat sans l'*auctoritas* de leurs tuteurs est attestée par Gaius, 1, 192, et par Ulpien, *Reg.*, 11, 27, et elle a sans doute duré autant que la tutelle des femmes qui n'a disparu qu'après Dioclétien (p. 227, n. 4).

3. L'incapacité de la fille de famille n'est pas douteuse pour l'époque la plus ancienne, si on admet avec nous que le fils de famille lui-même était incapable à cette époque (p. 473, n. 6). Mais elle est, en dehors de cette idée, généralement admise aujourd'hui en vertu de considérations de raison très puissantes. Il paraît impossible qu'à une époque où les femmes *sui juris* étaient sous une tutelle sérieuse, semblable à celle des impubères, les femmes *alieni juris* n'aient pas aussi été frappées de la même incapacité que les impubères ; qu'une fille, qui n'a pas de patrimoine à gérer, de dettes à faire pour l'entretien de ses biens, puisse valablement s'engager par contrat, alors que la femme *sui juris*, qui a des biens, ne le peut pas ; que, tandis que la femme en tutelle ne peut par ses contrats engager

juris ou *alieni juris* sont capables de s'engager par contrat. Seulement un reflet de leur incapacité se retrouve dans l'incapacité spéciale de s'en-

les biens qu'elle a déjà, la femme en puissance puisse engager par eux les biens qu'elle n'a pas encore. L'incapacité de la femme en puissance est un préliminaire obligé de l'incapacité de la femme *sui juris*. Il y a de la seconde à la première un argument *a fortiori*. Dans le vieux droit romain, on est pareillement en tutelle, *propter aetatem vel sexum*, quand on est *sui juris*, et on est pareillement incapable *propter aetatem vel sexum*, qu'on soit *alieni juris* ou *sui juris* : c'est une idée qu'on ne discute plus guère aujourd'hui. Seulement on discute à partir de quel moment elle a cessé de s'appliquer. On dit encore parfois que, la tutelle des femmes n'ayant plus existé que de nom à partir du début de l'Empire, l'incapacité de la femme *alieni juris*, corollaire de l'incapacité pratiquement effacée de la femme *sui juris*, aurait disparu soit dès le début de l'Empire, soit avant le temps de Gaius, soit entre le temps de Gaius et celui de Paul et d'Ulpien, soit tout au moins à l'époque de ces derniers jurisconsultes, à l'époque des Sévères. A notre sens, elle a subsisté, comme subsistait théoriquement, en dépit de toutes les atténuations pratiques, l'incapacité de la femme en tutelle, tant que cette dernière a survécu, jusqu'après Dioclétien. Quoique Justinien, sous lequel elle avait disparu, ait remanié les textes pour les mettre d'accord avec le droit de son temps, nous avons la preuve de sa subsistance soit pour l'époque de Gaius, soit pour celle de Paul et d'Ulpien, soit pour celle de Dioclétien. 1° Pour le temps de Gaius, l'incapacité de la *filiafamilias* était depuis longtemps attestée indirectement par un texte du Digeste visiblement remanié (Gaius, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 141, 2 = Lenel, 513), qui distingue les deux sexes pour donner la même solution pour les deux et qui devait primitivement les distinguer pour les opposer. Elle est aujourd'hui attestée directement par le texte de Gaius, 3, 104, tel que l'a lu Studemund, qui tranche la question pour le temps de Gaius (v. en ce sens Labbé, *N. R. H.*, 1881, p. 125). — 2° Pour le temps d'Ulpien et de Paul, on a cru trouver la preuve de la disparition de l'incapacité de la fille de famille, sinon dans un texte de Paul, *F. V.*, 99, selon lequel la fille de famille ne peut s'obliger par *dotis dictio* et qui, en bonne interprétation, s'entend aussi bien comme l'application d'une règle générale que comme une solution d'exception, au moins dans un texte d'Ulpien, *D.*, 14, 6, *Ad sc. Muced.*, 9, 2, qui applique le sénatus-consulte Macédonien aux emprunts contractés par la fille. S'il faut, dit-on, le sénatus-consulte Macédonien pour empêcher la fille d'être obligée par *mutuum*, c'est qu'elle est désormais capable de s'obliger par ses contrats. Mais il y a là une confusion. Un contrat fait par une personne en puissance ne fait pas naître seulement l'action du contrat contre cette personne, si elle est capable ; il fait naître, en outre, l'action *de peculio* contre son *paterfamilias*. Et c'est de l'action *de peculio* donnée contre le père que traite visiblement le texte (*nec interest consumpti sint nummi an exstent in peculio*) : le père serait, d'après le droit commun, tenu de l'action *de peculio* dans la mesure de l'enrichissement du pécule (p. 475, n. 1). Il ne le sera pas, grâce au sénatus-consulte, dit notre texte, quoiqu'on prétende que cela ait enrichi le pécule (*nec ad rem pertinet, si affirmatur ornementa ex ea pecunia comparasse*). Loin de nier l'influence du sexe, il la suppose par allusion à la condition spéciale d'enrichissement du pécule à laquelle était subordonnée l'action *de peculio* pour les pécules des impubères et des personnes du sexe féminin. Et la preuve positive que la fille est toujours incapable de s'obliger par contrat au temps d'Ulpien résulte d'un autre texte du même jurisconsulte, *D.*, 13, 6, *Commod.*, 3, 4, qui, prenant successivement les personnes en puissance des deux sexes dit, d'abord, que lorsqu'on a fait un commodat à un fils de famille ou à un esclave, on a l'action *de peculio* contre le *paterfamilias* et l'action directe contre le fils, puis que, quand on l'a fait à une fille ou à une esclave, on a l'action *de peculio* ; par conséquent, même dans sa forme actuelle et en dépit des remaniements qu'ont pu lui faire subir les compilateurs (notamment quant au montant de l'action *de peculio*), ce texte refuse contre la fille l'action directe donnée contre le fils et, du même coup, il exclut la doctrine intermédiaire (Accarias,

gager pour autrui (*intercessio*) dont elles ont été frappées par le sénatus-consulte Velléien et qui subsiste encore sous Justinien.

§ 2. — Eléments accidentels des contrats.

Les modalités dont un contrat peut être affecté par la volonté des parties sont en nombre presque indéfini.

Un texte connu de Paul[1] en indique quatre principales, le terme, *dies*, c'est-à-dire l'événement futur et certain duquel dépend l'exigibilité ou l'extinction d'un droit ; la condition, *condicio*, c'est-à-dire l'événement futur et incertain duquel dépend la naissance ou l'extinction d'un droit ; l'*accessio*, c'est-à-dire notamment la constitution d'un *adjectus solutionis causa* placé à côté du créancier avec le droit unique de recevoir paiement ; enfin le *modus*, c'est-à-dire, dans une acception du mot qui n'est pas la plus ordinaire, l'établissement d'une obligation alternative ayant deux objets par le paiement de l'un desquels le débiteur sera libéré. Et la liste pourrait aisément être fort élargie : ainsi, à plus ou moins bon droit, en y plaçant la *stipulatio poenae*, de laquelle parle la fin du texte et où l'on promet une somme d'argent si on ne livre pas une certaine chose ; ainsi en rapprochant de l'obligation alternative l'obligation facultative, qui n'a qu'un objet, mais où le débiteur a la faculté de se libérer en en fournissant un second (*facultas solutionis*); ainsi en citant encore, comme on fait quelquefois, l'élection d'un domicile de paiement (*locus*), l'établissement d'une solidarité conventionnelle entre plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, l'ad-

2, p. 47, n. 2) selon laquelle l'incapacité attestée par lui et les textes de Gaius aurait disparu du temps d'Ulpien, d'après *D.*, 14, 6, *Ad. sc. Maced.*, 9, 2 ; car ils sont tous deux du même ouvrage d'Ulpien, de ses *libri ad edictum*, l'un du livre 28 et l'autre du livre 29. — 3° Enfin, il y a même une trace, sinon de l'incapacité de la fille, au moins de l'influence du sexe des *alieni juris* sur leur aptitude à figurer dans les contrats au temps de Dioclétien, dans la constitution de l'an 294, *C.*, 4, 26, *Quod cum eo*, 11, donnant à celui qui a traité avec une *ancilla* l'action *de peculio* contre le maître *in quantum locupletius peculium ejus factum est*. C'est, a remarqué M. Mandry, *Gemeines Familiengüterrecht*, 1, 1871, p. 347 et ss., l'application *propter sexum* aux contrats de l'*ancilla*, de la même règle qui est appliquée *propter aetatem* aux contrats de l'*alieni juris* impubère (p. 474, n. 3), à laquelle Ulpien faisait aussi allusion, *propter sexum*, pour les contrats de la *filiafamilias*, *D.*, 14, 6, *Ad sc. Maced.*, 9, 2, et qu'il appliquait probablement à ceux de l'*ancilla* et de la *filiafamilias*, *D.*, 13, 6, *Commod.*, 3, 4. Il n'est guère douteux que Dioclétien, qui admettait encore cet effet du sexe sur les aptitudes juridiques de la femme *alieni juris*, admit pareillement celui relatif à l'incapacité de s'obliger de la fille et cela se concilie très bien avec le fait qu'il admet aussi la survivance de la tutelle de la femme *sui juris*, p. 475, n. 2). Au contraire, ni l'un ni l'autre des effets n'existe plus à l'époque de Justinien qui a dû, par suite, remanier les textes relatifs tant au défaut de pouvoir d'obliger le pécule de la fille et de l'*ancilla* qu'à l'incapacité de la fille et, en conséquence, il applique le sénatus-consulte Macédonien aux deux, *Inst.*, 4, 7, *Quod cum eo*, 7, en termes tout différents de ceux de *D.*, 14, 6, *Ad sc. Maced.*, 9, 2.

1. Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 44.

jonction au créancier principal de créanciers accessoires, l'adjonction au débiteur principal de débiteurs accessoires (cautionnement), la constitution des sûretés réelles au profit du créancier. Nous nous bornerons ici à étudier le terme et la condition. Encore nous occuperons-nous seulement de la condition et du terme suspensifs (*dies a quo*, *condicio a qua*) desquels dépend la naissance ou l'exigibilité d'une obligation, en renvoyant au titre de l'extinction des obligations l'étude du terme et de la condition extinctifs (*dies ad quem*, *condicio ad quam*), qui n'affectent pas la formation de l'obligation, mais son extinction [1].

I. Terme suspensif (*dies a quo*) [2]. — Le terme, événement futur et certain, duquel dépend l'exigibilité d'une obligation, permet aux particuliers de conclure des arrangements contractuels non seulement pour le présent, mais pour l'avenir. Il permet à celui qui emprunte de l'ar-

1. Nous retrouverons les sûretés réelles et personnelles, l'*adstipulatio*, la solidarité, la *poena* et le *locus* conventionnels. L'obligation alternative est celle dans laquelle on a promis *Stichum aut decem*, où, dit-on, *duae res sunt in obligatione sed altera in solutione* (cf. *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 128). Elle a pour objet les deux choses : par conséquent, le débiteur est libéré seulement par la perte fortuite de toutes deux. Mais le débiteur a en principe le choix, par conséquent, s'il paie l'une sans connaître son droit de choisir, il peut répéter pour donner l'autre ; s'il paie les deux par erreur, il peut répéter celle qu'il veut, au moins dans la doctrine qui a prévalu ; si l'une a péri par sa faute, il ne doit que l'autre, et si elles ont péri toutes deux par sa faute, il ne doit logiquement la valeur que de celle qu'il veut ; enfin, en lui demandant l'une d'elles par une action certaine, au lieu d'intenter une action incertaine respectant son droit de choisir, le créancier commet une *plus petitio*. Ces règles ne seraient modifiées que si le créancier s'était réservé expressément le droit de choisir (*spondesne decem aut Stichum utrum ego velim*). Alors il ne pourrait sans doute pas cumuler les deux prestations, et il serait soumis à la *condictio indebiti*, s'il avait reçu les deux. Mais ayant le droit de choisir, il ne commettrait pas de *plus petitio* en réclamant celle qu'il voudrait ; de plus, si l'une d'elles avait péri par une faute imputable au débiteur, il pourrait demander sa valeur et, si les deux avaient péri par une faute de ce genre, il pourrait demander la valeur de celle qu'il voudrait. V. pour les détails et les textes, Accarias, 2, nos 534-544 ; Windscheid, 2, § 255. — Au cas de *facultas solutionis*, la chose principale étant seule *in obligatione* et l'autre chose étant seulement *in solutione*, le caractère certain ou incertain de l'obligation est déterminé par son objet unique et le débiteur est libéré par la perte fortuite de ce seul objet. — L'*accessio personae*, faite en matière de contrat verbal dans la formule : *Spondesne mihi aut Titio* (*Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 4), ne rendant pas le tiers ainsi désigné créancier, ne lui donne ni le droit de poursuivre le débiteur, ni celui de lui faire remise de la dette. Elle a pour effet unique de conférer au débiteur une faculté irrévocable de se libérer entre les mains de ce tiers aussi bien qu'entre celles du créancier. Habituellement, l'*adjectus* sera un mandataire du créancier tenu envers lui par l'action *mandati directa*. Mais on remarquera que cela est indifférent pour l'opération qui peut être valablement faite, malgré le défaut de validité du mandat, quand l'*adjectus* est un incapable de fait ou de droit, fou, impubère, esclave (v. par ex. *D.*, 46, 3, *De solut.*, 9, *pr.* ; 11) et, malgré l'absence de mandat, quand il est un donataire (p. 458, n. 1). Cf. sur l'extinction, Desserteaux, *Mélanges Girard*, pp. 353-388.

2. Cf. L. Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1889, pp. 307-334. Vassalli, *B. Ist. D. R.*, 27, 1914, pp. 211-268.

gent de s'engager à le rendre tout en ajournant à une certaine date l'époque du remboursement, à celui qui a besoin de s'assurer un logement, de louer une maison un certain temps avant le jour où il compte entrer en jouissance et devenir redevable du loyer. Il est le plus souvent adjoint au contrat dans l'intérêt du débiteur (prêt gratuit) ; mais il peut aussi l'être dans celui du créancier (dépôt) ou dans celui de tous deux (prêt à intérêt). Ce peut être soit une date fixe (dans cinq ans, aux prochaines calendes de mars : *dies certus*), soit un événement qui, tout en étant de réalisation indubitable, peut arriver plus ou moins tôt (la mort d'un tiers, la mort du créancier, la mort du débiteur : *dies incertus*). Mais ce doit toujours être un événement futur, car sans cela l'obligation serait pure et simple ; ce doit être un événement certain, car sans cela l'obligation serait conditionnelle ; enfin, ce doit aussi être un événement possible et licite, car l'obligation serait nulle, si elle avait été contractée pour une date à laquelle la nature ou la loi l'empêche d'être exécutée : ainsi, jusqu'à Justinien, si on avait convenu qu'elle serait exécutée après la mort d'une des parties ou la veille de sa mort (pp. 459. 462 : terme illicite), ainsi avant et après Justinien, si on avait fixé à la mort d'une des parties une prestation qui, par sa nature, ne peut avoir lieu que du vivant de cette partie (terme impossible)[1].

A l'époque de Justinien, le terme peut être apposé à tous les contrats et on admet en général qu'il a pu, de tout temps, affecter non seulement les contrats non formels, mais même tous les contrats formels[2]. En tout cas, l'expression n'en est ni dans les uns, ni dans les autres soumise à aucune condition de forme : ce qui fait que le juge a, pour sa reconnaissance et son interprétation, dans les contrats formels la même liberté d'appréciation qu'il a, pour le fond même du contrat, dans les contrats non formels : il peut en reconnaître l'existence, même quand les parties se sont servies d'expressions éveillant l'idée d'une condition ; il peut en reconnaître l'existence, même quand les parties n'ont rien dit, s'il résulte des circonstances, par exemple quand l'accomplissement de la prestation convenue exige un certain délai, quand la promesse est subordonnée à un fait passé dont la vérification demande un certain temps[3].

Les effets du terme doivent être étudiés avant et après son arrivée.

1. Avant l'arrivée du terme, ils se rattachent à deux idées. L'obliga-

1. V. par ex. *D.*, 33, 2, *De usu et usufr.*, 5 (stipulation d'un usufruit, *cum moriar*) ; *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 46, 1 (stipulation, *cum morieris*, d'un fait personnel du promettant).

2. Ce n'est pas douteux pour le contrat verbal, cela paraît dit par un texte pour le contrat littéral (p. 509, n. 3), et cela semble impliqué par le caractère primitif du *nexum* (p. 489, n. 1).

3. Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 73, *pr.* : *Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit* et les nombreux exemples : fruits futurs, maison à bâtir, somme stipulée à Rome et payable à Carthage.

tion affectée d'un terme existe déjà ; mais, sauf au cas de terme inséré dans l'intérêt exclusif du créancier, elle n'est pas encore exigible [1].

a) Sauf au cas de terme inséré dans l'intérêt exclusif du créancier, l'obligation à terme n'est pas exigible avant l'échéance. Par conséquent le débiteur ne peut être contraint ni directement ni indirectement à s'en acquitter auparavant. Le créancier ne peut l'y contraindre directement en le poursuivant avant l'échéance, à peine de perdre son procès (*plus petitio tempore*) [2] et il ne peut pas davantage l'y contraindre indirectement, en lui opposant en compensation une créance à terme, quand il est poursuivi par lui en paiement d'une dette échue [3].

b) En revanche, l'obligation à terme existe déjà. Cela fait d'abord que le créancier qui aura agi avant l'échéance n'en aura pas moins déduit son droit en justice et ne pourra, jusqu'aux réformes du droit byzantin, renouveler le procès perdu pour *plus petitio* [4] ; car on ne peut agir *bis de eadem re*. Cela fait ensuite qu'au cas normal de terme inséré dans l'intérêt du débiteur, le débiteur qui veut payer avant l'échéance a le droit de le faire [5]. Cela fait ensuite et surtout que le débiteur qui paie la dette à terme avant l'échéance a payé ce qu'il devait et ne peut intenter l'action en répétition de l'indû ; car, pour avoir la *condictio indebiti*, il faut avoir payé l'indû et l'avoir payé par erreur, et ici, s'il y a erreur, il n'y a pas indû [6]. Cela produit enfin quelques autres conséquences moins importantes : ainsi le créancier à terme a le droit de demander la *separatio bonorum* contre les créanciers de l'héritier au cas de mort du débiteur et de figurer au passif du débiteur au cas de vente de ses biens ; ainsi, en matière de contrats de bonne foi, il a celui de demander une caution, s'il a de justes motifs d'inquiétude [7].

1. C'est la doctrine générale très nettement exprimée, par exemple, par Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 46, *pr.* : *Praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio*, et par Justinien, *Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, 2 : *Statim debetur, sed peti prius quam dies venit non potest*. V. aussi Ulpien, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 213, et Paul, *D.*, 12, 6, *De Cond. ind.*, 10 (n. 6). Cependant une doctrine nouvelle, qui a été émise par Unger, *System des österreichischen Privatrechts*, 2, 1892, § 83, et qui a trouvé des partisans, soutient que le terme retarderait la naissance du droit non seulement en matière de translation de propriété (p. 304, n. 1), mais en matière d'obligation où il invoque notamment dans ce sens, Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 44, 1 : *Vel ex die incipit obligatio*. Mais il n'y a là, croyons-nous, qu'une inexactitude d'expression à laquelle ne correspond aucune solution concrète.

2. *Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, 2 (n. 1) ; 4, 6, *De Act.*, 33 *b*.

3. *D.*, 16, 2, *De compens.*, 7, *pr.*

4. *Inst.*, 4, 6, *De Act.*, 33 *e*.

5. Celse, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 70 : *Quod certa die promissum est, vel statim dari potest*. Au cas même où ce paiement aurait été fait en fraude des créanciers, ils n'auraient le droit de se plaindre que pour l'escompte (*interusurium*), a-t-on vu, p. 434, n. 3.

6. Paul, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 10 : *In diem debitor adeo debitor est ut in diem solutum repetere non potest*.

7. V. pour le dernier point, Papinien, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 41. Les deux autres solutions sont même admises pour la condition (p. 485, n. 4 et 5).

2. Après l'arrivée du terme, l'obligation devient pure et simple, mais sans rétroactivité, sans par exemple que le créancier ait aucun droit aux fruits produits jusque-là par la chose. L'arrivée du terme rend le droit exigible et encore seulement depuis le lendemain de l'échéance ; car le débiteur doit jouir de la plénitude du délai, ne pas être poursuivi avant qu'il soit expiré tout entier [1] ; il en est ainsi même quand la certitude existe dès auparavant que l'obligation, dont l'exécution exige un certain délai, ne sera pas exécutée au jour dit [2], sauf peut-être en matière de contrats de bonne foi l'intervention du droit de demander caution (p. 480, n. 7).

II. Condition suspensive (*condicio a qua*) [3]. — La condition, événement futur et incertain duquel dépend l'existence d'une obligation, ne permet pas seulement comme le terme de faire dans le présent des contrats pour l'avenir en en ajournant l'effet. Elle permet d'en faire en subordonnant la formation aux circonstances, de s'assurer des capitaux, une prestation quelconque, seulement pour le cas qui en motivera le besoin, de s'engager à une prestation, au versement d'une somme d'argent, seulement pour le cas qui permettra de faire face à l'engagement.

La condition, qui a probablement apparu d'abord dans les dispositions de dernière volonté, peut, à l'époque de Justinien (car antérieurement il y a eu des restrictions et des contestations), figurer dans tous les contrats comme le terme [4]. Comme lui, elle est, aussi bien dans les contrats formels que dans les contrats non formels, dénuée de toute forme sacramentelle, ce qui permet encore au juge d'en reconnaître l'existence, bien que les expressions éveillent plutôt l'idée d'un terme, même quand les parties n'ont rien dit [5]. Comme le terme aussi, elle ne doit être ni illicite ni impossible : l'obligation est nulle, quand la formation en est subordonnée à un fait impossible physiquement ou légalement (*si Titius caelum digito tetigerit* ; *si Titius rem sacram vendiderit, nupserit ante*

1. *Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, 2, *in fine*. Dissentiments de Sabinus et de Proculus sur la somme stipulée payable à une foire : *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 138, *pr.*
2. Papinien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 124.
3. Cf. Bufnoir, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, 1866 ; Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1889, pp. 334-393, et le travail de M. Vassalli cité p. 478, n. 2.
4. Parmi les contrats formels, rien n'indique qu'elle ait jamais été exclue du contrat verbal ; mais elle ne pouvait être insérée dans le contrat littéral (*F. V.*, 329), ni probablement, croyons-nous, dans le *nexum*. Il est surprenant qu'on n'en ait admis qu'après controverse l'insertion dans certains contrats non formels, ainsi que nous apprennent Gaius, 3, 146, pour la vente et le louage, et Justinien, *C.*, 4, 37, *Pro socio*, 6, pour la société.
5. Il y a condition lorsque l'événement est futur et incertain, quand bien même on aurait employé pour le désigner la conjonction *cum* (*D.*, 45, 1, *De V. O.*, 38, 16) ; la promesse de dot est, quoiqu'on n'en ait rien dit, faite sous la condition tacite *si nuptiae sequuntur* (*D.*, 23, 3, *De jur. dot.*, 21).

pubertatem)[1] ou si elle présente un caractère immoral ou illicite, ce qui se présente au reste non pas quand le fait mis *in condicione* est immoral ou illicite, mais quand la condition apposée donne au contrat un caractère immoral ou illicite (promesse à une personne *si diverterit, si non diverterit*, mais non promesse par un individu d'une somme s'il commet un délit)[2].

De même que le terme peut être un terme certain ou incertain, la condition peut revêtir des formes variées : elle peut être positive ou négative (*si navis ex Asia venerit, si navis ex Asia non venerit*) ; elle peut être casuelle, potestative ou mixte, selon qu'elle dépend exclusivement du hasard, en dehors de toute influence de la volonté des parties (*si navis ex Asia venerit*) ou qu'elle dépend à la fois du fait d'une des parties et d'une cause extérieure (*si Seiam nupserim*) ou qu'elle dépend exclusivement du fait du créancier ou du débiteur (*si in Capitolium ascenderim, si in Capitolium ascenderis*), sans, croyons-nous, que la condition potestative elle-même rende le contrat nul, à moins d'être une condition purement potestative de la part du débiteur, qui, subordonnant la naissance de l'obligation à sa pure fantaisie et non pas à un acte de lui (*spondesne si volueris*), empêche le lien d'exister[3].

Enfin, comme le terme et encore plus que lui, l'événement pris pour condition doit être un événement futur : un fait passé ou présent (*si rex*

1. Impossibilité physique : Gaius, 3, 98 ; *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 11. Impossibilité juridique : *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 137, 6. La nullité de l'obligation subordonnée à une condition impossible s'applique à Rome à tous les contrats (*D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 31). Au contraire dans les dispositions testamentaires, on efface la condition et on regarde la disposition comme pure et simple (Gaius, 3, 98 ; Ulpien, *D.*, 35, 1, *De C. et D.*, 3). Le Code civil, art. 900, a étendu ce dernier principe à tous les actes à titre gratuit, même entre vifs. A Rome, on peut tout au plus citer comme exception au principe de la nullité des obligations entre vifs formées sous une condition impossible, la stipulation *prépostère* : *Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes*, qui, n'étant pas exécutoire dans sa lettre, était nulle dans le droit classique et a été validée par Justinien (*Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 14). Mais ce qu'on efface alors ce n'est pas la condition, c'est le mot *hodie* qui constituait seul l'impossibilité en plaçant l'exigibilité de la dette avant l'événement de la condition.

2. *C.*, 8, 38 (39), *De inut. stip.*, 2 ; *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 61. Ici encore la condition serait réputée non écrite en matière de dispositions à cause de mort d'après le droit romain, et l'est même en matière de donations entre vifs d'après l'art. 900, C. civ.

3. *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 46, 3 : *Illam autem stipulationem 'si volueris dari' inutilem esse constat* ; *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 7, *pr.* ; *C.*, 4, 38, *De C. E.*, 13. Encore peut-on se demander si même alors le principe de la nullité est absolument vrai. La question a été particulièrement agitée au sujet de la vente à l'essai, qui est certainement valable quoique dépendant exclusivement de la volonté du vendeur (*Inst.*, 3, 23, *De E. V.*, 4), mais pour laquelle on pourrait peut-être dire qu'il y a condition simplement potestative, l'acheteur ne pouvant se soustraire à l'obligation de payer le prix qu'à condition de renoncer à la chose. V. en sens opposés Dernburg-Sokolowski, 1, § 96, et Windscheid, 1, § 93. Cf. en particulier sur la vente à l'essai, Fitting, *Archiv*, 46, 1863, pp. 237-275 et les renvois.

Parthorum vivit) peut contenir un terme, s'il faut un délai pour en vérifier l'existence ; il ne constitue jamais une condition [1].

Seulement la condition, qui présente avec le terme tous ces éléments de rapprochement, en est séparée par une différence fondamentale. Le terme est un événement futur et certain : il arrivera nécessairement. La condition est un événement futur et incertain, duquel on ne peut savoir d'avance s'il arrivera ou non. Si l'événement auquel on a subordonné l'obligation est un événement qui arrivera certainement, il y a terme (promesse, *si Titius morietur*) ou même contrat pur et simple (promesse, *si Titius caelum digito non tetigerit* : condition impossible négative des interprètes). Si c'est un événement qui n'arrivera certainement pas (*si Titius caelum digito tetigerit*), on retombe dans la condition impossible : il n'y a pas d'obligation. Il y a condition seulement quand l'obligation est subordonnée à un événement futur dont l'arrivée est incertaine. C'est cette incertitude qui est la raison d'être des règles originales qui régissent les obligations conditionnelles. Ces règles doivent être étudiées tant avant qu'après l'événement de la condition.

1. *Effets de l'obligation conditionnelle avant l'événement de la condition*. La condition met en suspens non seulement l'exigibilité, mais l'existence du droit. La question est de savoir quelles conséquences on doit tirer de là pour la période où l'on ne sait pas si la condition s'accomplira ou fera défaut (*pendente condicione*). Le contrat n'existe-t-il pas encore ? Ou au contraire se forme-t-il de suite, sauf à être consolidé par l'événement de la condition ? Cela revient à se demander si l'arrivée de la condition aura un effet confirmatif ou créateur.

Une réponse absolue n'est, à notre sens, possible ni dans un sens ni dans l'autre. Ce n'est qu'en forçant les textes qu'on peut tenter de les ramener à une vue commune. Certains textes, qui sont les plus connus, s'expriment bien dans le sens de l'effet créateur, comme si l'obligation n'existait pas avant l'événement de la condition ; mais d'autres s'expriment au contraire dans le sens de l'effet confirmatif, supposent que l'obligation a déjà une certaine existence avant l'événement de la condition. Et en réalité, le droit romain présente à la fois des solutions qui impliquent le premier point de vue et des solutions qui impliquent le second ; les jurisconsultes se sont, d'une manière empirique, placés tantôt à l'un et tantôt à l'autre afin de justifier les solutions qui leur paraissaient cadrer le mieux soit avec l'intention des parties, soit surtout avec

1. C'est important à noter en particulier en matière de vente, à cause des risques de perte totale qui sont supportés par l'acheteur dans la vente pure et simple ou à terme et par le vendeur dans la vente conditionnelle (p. 484, n. 3). Si la chose a péri avant que l'événement ait été vérifié, cela n'empêchera pas l'acheteur d'être tenu parce qu'il y a simplement terme ; cela l'eût empêché de l'être, s'il y avait eu condition.

l'utilité pratique. Le plus simple et le plus exact est donc de relever successivement les solutions qui se rattachent aux deux courants.

Il y a des textes qui disent très nettement que l'obligation n'existe pas avant l'événement de la condition [1], et il y a des solutions concrètes qui procèdent de cette idée, qui supposent que l'événement de la condition a un effet créateur. C'est en partant de là qu'on peut le plus aisément expliquer : 1° que le débiteur qui paie par erreur avant l'événement de la condition ait l'action en répétition de l'indû [2] : c'est tout naturel si l'obligation n'existe pas ; ce le serait beaucoup moins en partant d'une idée d'incertitude que le créancier pourrait invoquer pour garder provisoirement ce qu'il a reçu ; — 2° qu'en cas de vente la perte totale de la chose survenue avant l'événement de la condition empêche le contrat de se former [3] : la vente ne peut se former, faute de chose vendue, à l'arrivée de la condition ; si elle s'était formée auparavant, elle devrait subsister, malgré l'impossibilité postérieure d'exécution d'une des obligations, comme fait, en pareil cas, la vente pure et simple ou à terme ; — 3° qu'on puisse devenir créancier conditionnel de sa propre chose (p. 455, n. 2) : c'est seulement au moment de la naissance du contrat qu'on cherchera s'il a un objet convenable ; — 4° que la novation de l'obligation conditionnelle se produise seulement après l'événement de la condition : la novation est la substitution d'une obligation nouvelle à une obligation ancienne ; elle ne peut avoir lieu que le jour où l'obligation ancienne existe [4] ; — 5° que l'exécution de l'obligation conditionnelle avant l'événement de la condition ne mette pas celui qui a reçu la chose vendue *in causa usucapiendi*, si le vendeur n'était pas propriétaire [5] : il n'y a pas encore de juste titre.

Mais il y a des textes qui disent que l'obligation existe avant l'événement de la condition [6], et surtout il y a des solutions qui procèdent de l'idée que l'obligation a déjà une certaine existence, qu'il existe déjà un lien indépendant de la volonté unilatérale de l'une ou de l'autre des parties, destiné seulement à être consolidé par l'événement de la condition. Ainsi : 1° c'est au moment du contrat qu'on considère les personnes qui y figurent pour en déterminer les conséquences et la validité : non seulement la capacité doit être aussi complète pour faire un contrat

1. *Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, 4 : *Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri.* Marcien, *D.*, 20, 1, *De P. et H.*, 13, 5 : *Interim nihil debetur.*
2. Pomponius, *D.*, 12, 6, *De cond. indeb.*, 16, *pr.* : *Sub condicione debitum per errorem solutum pendente condicione repetitur.*
3. Paul, *D.*, 18, 6, *De peric. rei vend.*, 8, *pr.*
4. Ulpien, *D.*, 46, 2, *De nov.*, 14, 1.
5. Paul, *D.*, 41, 4, *Pro emptore*, 2, 2 : *Pendente condicione emptor usu non capit.*
6. Ulpien, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 42 : *Eum qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse.* Cf. Paul, *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 26 : *Ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.*

conditionnel que pour faire un contrat pur et simple, et un esclave ne pourra pas faire valablement un contrat conditionnel, s'il n'a pas de maître au moment du contrat, en eût-il un au moment de l'arrivée de la condition [1] ; mais c'est au *paterfamilias* du moment du contrat que la personne en puissance en acquerra le bénéfice, quand bien même elle aurait changé de situation avant l'événement de la condition [2] ; — 2° Toujours parce que la dette a une certaine existence, le débiteur conditionnel est tenu de respecter le contrat ; s'il empêche frauduleusement l'accomplissement de la condition, elle sera réputée accomplie [3] ; — 3° Le créancier peut prendre des mesures conservatoires dans l'intérêt de sa créance conditionnelle, s'en prévaloir pour demander la *separatio bonorum* à l'encontre des créanciers de l'héritier du débiteur [4], se faire colloquer pour elle à la vente des biens du débiteur [5] ; — 4° Plus largement la créance conditionnelle est dans son patrimoine une valeur active qui passe à ses héritiers [6], qu'il peut vendre, qu'il peut léguer, qui figure dans l'évaluation de sa fortune, par exemple pour l'application de la loi Falcidia sur la portion de l'hérédité réservée à l'héritier à l'encontre des légataires.

2. *Effets de l'obligation conditionnelle après l'événement de la condition.* A la différence du terme qui arrive certainement, la condition peut défaillir (*condicio deficiens*, *extincta*) ou se réaliser (*condicio impleta*, *expleta*, *existens*).

Quand elle fait défaut, il n'y a pas de contrat et il n'y en a jamais eu.

Quand elle se réalise, le contrat est désormais pur et simple ; le créancier peut demander son exécution comme celle d'un contrat pur

1. Paul, *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 26.

2. Fils de famille émancipé avant l'événement de la condition (Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 78). Esclave qui a stipulé pour le cas où il serait aliéné ou affranchi (Pomponius, *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 40).

3. Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 161 : *In jure civili receptum est quotiens per eum cujus interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset*, texte évidemment copié sur celui de Julien, *D.*, 35, 1, *De cond. et dem.*, 24, où se trouve une corruption qu'on peut donc corriger par lui. Il résulte de tous deux que le principe qu'ils posent fut d'abord admis pour les affranchissements testamentaires, puis étendu aux autres dispositions de dernière volonté et enfin, avant Julien, aux actes entre vifs. Mais il suppose que le débiteur a empêché frauduleusement l'arrivée de la condition. Il s'appliquera donc par exemple quand le débiteur ayant promis 100 si le créancier affranchit l'esclave Stichus dans un certain délai, le débiteur a dérobé et séquestré l'esclave pour empêcher l'affranchissement, mais non quand, le débiteur ayant promis 100 sous une condition potestative de sa part, par exemple pour le cas où il commettrait un délit, il s'est abstenu de commettre ce délit.

4. *D.*, 42, 6, *De sep.*, 4, *pr.*

5. *D.*, 42, 4, *Quibus ex causis*, 6, *pr.*, qui est d'ailleurs dans une antinomie connue avec *D.*, *h. t.*, 14, 2 (v. notamment Enneccerus, *Rechtsgeschäft*, pp. 574-591).

6. *D.*, 18, 6, *De per. r. vend.*, 8, *pr. Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, 4.

et simple. Mais on dit en outre souvent qu'au moins sous certains rapports ce contrat est réputé avoir existé dès le principe, que l'événement de la condition a un effet rétroactif. C'est une idée qui paraît exprimée par quelques textes [1] et qui a été accueillie par nos anciens interprètes dont la doctrine a été suivie par le Code civil [2] : elle sert, par exemple, à expliquer que l'obligation naisse chez le titulaire de la puissance du moment du contrat, même quand l'esclave est devenu libre, quand le fils est devenu *sui juris* au jour de l'événement de la condition, par exemple à expliquer la transmission de l'obligation aux héritiers.

Une doctrine plus récente conteste résolument l'utilité d'invoquer à un point de vue quelconque la fiction de rétroactivité [3]. Et, quoique la question n'ait guère qu'un intérêt de construction juridique, toutes les solutions à peu près étant incontestées, c'est la doctrine que nous croyons la meilleure. Toutes les conséquences qu'on rattache à l'effet rétroactif peuvent être justifiées par l'idée que l'obligation a déjà une certaine existence avant l'événement de la condition. D'autre part, l'effet rétroactif n'explique pas tout ce qu'explique cette idée, par exemple que la condition soit réputée accomplie, quand elle a défailli par la fraude du débiteur. Ensuite il conduirait à des conséquences démenties par les sources [4]. Enfin, le texte qui exprime le plus clairement la notion de rétroactivité, le fait dans un cas où la rétroactivité n'a rien à voir [5].

1. Le plus net est de Gaius, *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 11, 1 : *Cum semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset.* V. en outre Paul, *D.*, 18, 6, *De per. r. vend.*, 8, *pr.* : *Heredes obligatos esse quasi jam contracta emptione in praeteritum.* Pomponius, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 16.

2. C. civ., art. 1179. V. dans le même sens, Pothier, *Obligations*, nos 220. 221, et, outre tous les interprètes anciens, Bufnoir, pp. 294-308, Dernburg-Sokolowski, 1, § 99, Accarias, p. 118, etc.

3. La doctrine d'après laquelle, sauf intention contraire des parties, la condition accomplie n'a pas d'effet rétroactif, a été soutenue pour la première fois par Windscheid, *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, 1851. Voir sur l'histoire postérieure de la controverse, le même, *Pandekten*, 1, § 91, n. 1.

4. La rétroactivité conduirait à déclarer nulle la stipulation conditionnelle d'une chose appartenant au stipulant, tandis que cette stipulation est valable pourvu que la chose n'appartienne plus au stipulant au jour de l'événement de la condition (p. 455, n. 2), à déclarer valable la vente conditionnelle dont l'objet existait encore au jour de la vente, tandis que cette vente est nulle si l'objet n'existe plus au jour de l'événement de la condition (p. 484, n. 3), à considérer l'usucapion comme ayant couru du jour de la délivrance de la chose vendue sous condition alors qu'elle court du jour de l'événement de la condition (p. 484, n. 5), à déclarer que l'acheteur a droit aux fruits du jour de la vente, alors qu'il n'y a droit que du jour de l'événement de la condition (*D.*, 18, 6, *De per. r. vend.*, 8, *pr.* ; Bufnoir, pp. 308-315).

5. Gaius, *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 11, 1 (n. 1) l'invoque pour expliquer que l'hypothèque garantissant une obligation conditionnelle prenne rang du jour de la convention d'hypothèque et non de celui de l'événement de la condition. Or la rétroactivité de la condition n'a rien à voir avec cette solution, car elle est, verrons-nous, également vraie pour l'hypothèque consentie en garantie d'une dette future, à laquelle la rétroactivité ne peut évidemment pas s'appliquer.

Elle n'est donc, à notre sens, dans la théorie de la condition, qu'un encombrement superflu[1].

SECTION II. — Contrats formels.

Les contrats formels sont le *nexum*, le contrat verbal et le contrat littéral ; nous étudierons immédiatement après eux la théorie introduite sous l'Empire, de la *querela non numeratae pecuniae*, qui est dans une relation assez étroite avec celles du contrat verbal et du contrat littéral.

§ 1. — Nexum.

Le *nexum*[2], le contrat *per aes et libram*[3] qui est probablement le plus ancien contrat reconnu par le droit privé romain et qui remonte peut-être comme la mancipation à une époque antérieure à la fondation de Rome, est celui des contrats formels qui est tombé le premier en désuétude. Les renseignements donnés sur lui par les textes juridiques sont donc un peu clairsemés. Cependant on peut, croyons-nous, en dégager les grands traits avec une sûreté suffisante.

1. *Mode de formation*. Le *nexum* est une opération *per aes et libram* servant à faire naître des obligations comme la mancipation est une opération *per aes et libram* servant à transférer la propriété. Il a le même personnel que la mancipation : les parties, les témoins au nombre d'au

1. C'est l'idée admise dans le nouveau Code civil allemand.

2. Cf. Huschke, *Ueber das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*, 1846. Bachofen, *Das Nexum*, 1843. Giraud, *Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains*, 1846. Bekker, *Aktionen*, 1, 1871, p. 22 et ss. Relevé des principaux systèmes antérieurs à 1873 chez Danz, *Lehrbuch d. Geschichte d. römisch. Rechts*, 2, 1873, pp. 21-32. La littérature nouvelle provoquée depuis 1901 par les travaux de Mitteis, *Z. S. St.*, 22, 1901, pp. 96-125. 25, 1904, pp. 282-283, et de Lenel, *Z. S. St.*, 23, 1902, pp. 84-101, est dépouillée dans l'article de Senn, *N. R. H.*, 1905, pp. 49-95. Ajouter encore depuis Huvelin, dans Daremberg et Saglio, 7, 1, 1904, v° *Nexum* ; *Année sociologique*, 11, 1910, pp. 433-443, 12, 1913, pp. 482-487. H. Pflueger, *Nexum and mancipium*, 1908. Kretschmar, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 227-280. F. Eisele, *Studien zur römischen Rechtsgeschichte*, 1912, pp. 1-50. Pacchioni, *Mélanges Girard*, 2, pp. 319-330. De Zulueta, *Law Quarterly Review* 29, 1913, pp. 137-153.

3. Quoique on soit parfois allé jusqu'à révoquer en doute le caractère de contrat du *nexum*, son caractère de contrat formé *per aes et libram* nous paraît incontestablement établi par Varron, *De l. L.*, 7, 105 : *Nexum Manilius* (cos. 605) *scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia ; Mucius* (cos. 659) *quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quam mancipio dentur*. Il résulte de là que, de l'avis unanime, une obligation contractuelle se formait *per aes et libram* et que le contrat portait le nom de *nexum*, mais qu'on discutait seulement si le nom de *nexum* convenait uniquement à cet acte juridique, comme le soutenait Q. Mucius, ou s'il pouvait être étendu à la mancipation, comme le soutenait Manilius. Cf. Aelius Gallus chez Festus, v° *Nexum*. V. sur les discussions relatives à la restitution et à l'interprétation de ces textes, les articles de Senn, et Huvelin. V. en outre sur la relation entre les textes de Varron et de Festus, Gradenwitz, *Mélanges Girard*, 1, pp. 510-522.

moins cinq et le *libripens*. Il a le même matériel : la balance, le morceau de métal. Il comporte aussi le même acte concret : la pesée [1]. Et, comme dans la mancipation cette pesée a commencé par y être sincère et y est ensuite devenue fictive, sans doute en vertu de la règle des XII Tables : *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto* [2], qui, en même temps qu'elle a transformé la mancipation de vente au comptant en mode général d'acquérir, a transformé le *nexum* de mode de prêt en mode général de contracter où l'obligation doit, croyons-nous, toujours avoir pour objet une certaine quantité de monnaie [3], ne peut porter sur autre chose que de l'argent, mais peut désormais naître d'une convention quelconque transformée en contrat par l'emploi de ce procédé.

Ces similitudes tiennent à ce que le *nexum* et la mancipation sont l'un et l'autre des actes faits *per aes et libram*. Mais, à côté d'elles, il

1. Tout cela pourrait déjà être déduit de ce que le *nexum* se forme *per aes et libram*. Mais c'est en outre établi par le témoignage de Gaius ; en effet, s'il ne nous parle pas du *nexum*, il nous parle, 3, 173-175, de son extinction, de la remise *per aes et libram* qui sert, dit-il, en particulier pour le cas où *quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit*. Or, c'est un principe du droit romain que les liens de droit se délient et qu'en particulier les obligations nées de contrats formels s'éteignent avec des solennités inverses symétriques à celles de leur formation (*D.*, 50, 17, *De R. J.*, 35). Nous sommes donc renseignés indirectement, mais sûrement sur la formation du *nexum* par le texte de Gaius, 3, 174, selon lequel son extinction a lieu dans les formes suivantes : *Eaque res ita agitur : adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur : 'Quod ego tibi tot milibus condemn(atus sum), me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam'. Deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa.*

2. P. 294, n. 1. Le texte de Gaius, n. 1, montre encore que la pesée était fictive à son époque, que l'on faisait semblant de peser le métal remis au créancier pour éteindre la dette et qu'on faisait donc aussi semblant de peser le métal remis au débiteur pour la faire naître. Mais, comme dans la mancipation, la pesée a été, dans le *nexum*, réelle avant d'être fictive : elle n'y est pas un symbole pris au hasard, mais un vestige de ce qui fut d'abord une réalité. A l'époque où la monnaie frappée par l'Etat n'existait pas encore, la pesée du métal était une nécessité pour le prêt comme pour la vente. Mais, de même que dans la mancipation où l'on voulait aliéner une chose sans recevoir d'équivalent, par exemple à titre de dot, la pesée devait forcément être simulée dans l'hypothèse où l'on voulait devenir débiteur sans avoir rien reçu, par exemple encore à titre de constitution de dot, et cette pesée devint, dans les actes, une gêne superflue, quand il y eut une monnaie fondue par l'Etat qu'on put compter au lieu de la peser. Pour les deux motifs à la fois, si la monnaie frappée par l'Etat a été introduite par les décemvirs, pour le premier seulement, si elle n'a été introduite qu'au début du ve siècle de Rome, les XII Tables ont déclaré par une disposition commune maintenir à la mancipation et au *nexum* leurs anciens effets, quoique la pesée n'y eût pas été faite en vérité, pourvu que les paroles eussent été prononcées.

3. Cela nous paraît commandé, au moins pour l'origine, par la nature première du *nexum*, et c'est aussi la conclusion qui s'accorde avec la procédure de *manus injectio* par laquelle il est sanctionné. En tout cas, il n'a évidemment jamais pu avoir un champ plus large que la remise *per aes et libram*, qui, à l'époque de Gaius, 3, 175, ne s'applique qu'aux dettes certaines de choses qui se pèsent et se comptent et, suivant certains jurisconsultes seulement, nous apprend-il, de choses qui se mesurent.

doit y avoir des dissemblances venant des fonctions distinctes des deux actes : la mancipation a commencé par être une vente et le *nexum* par être un prêt ; la mancipation est un mode d'acquérir la propriété et le *nexum* un procédé pour faire naître des obligations. Il ne peut y avoir identité entre les deux.

L'élément différent est, croyons-nous, dans les paroles prononcées. Dans les deux opérations, elles sont dites par celui qui remet ou fait semblant de remettre le métal. Mais elles ne sont pas les mêmes. Dans la mancipation, qui est le simulacre d'un achat, il affirme son acquisition moyennant un prix, il dit : *Hunc hominem meum esse aio ex jure quiritium isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra.* Dans le *nexum*, qui est le simulacre d'un prêt, il prononce, pour obliger le débiteur envers lui, une formule analogue à la *damnatio* prononcée dans certaines actions par le juge contre le défendeur convaincu, à celle prononcée par le testateur contre l'héritier grevé du legs *per damnationem*, à celle prononcée par le législateur lui-même contre le violateur de la loi dans la loi Aquilia. Il prononce contre le débiteur une *damnatio* dont les termes ne nous ont pas été transmis[1], mais dont l'existence est attestée à la fois par les effets du *nexum* et par la formule d'extinction de l'obligation qu'il fait naître[2].

2. *Effets du nexum.* L'effet du *nexum* est précisément, à notre sens, celui qui résultait dans l'ancien droit d'une *damnatio* régulière. La *damnatio* prononcée par le créancier contre le débiteur dans le cérémonial de l'opération *per aes et libram* a pour effet de faire naître contre le *damnatus* à l'échéance le même droit qui résulte contre le *damnatus* de la *damnatio* prononcée par le testateur dans le legs *per damnationem*, de celle prononcée par le législateur dans la loi Aquilia, de celle prononcée par le juge dans la sentence de condamnation : le droit de procéder au bout du délai légal de trente jours à la *legis actio per manus injectionem*, qui, faute de paiement ou d'intervention du *vindex*, aboutit à la conduite du débiteur dans la prison domestique du créancier pour un nouveau délai de soixante jours au bout duquel, faute de paiement ou d'arrangement amiable, le créancier a le droit de tuer le débiteur ou de le

1. Il n'avancerait à rien de donner ici une restitution arbitraire. On admet assez généralement que cette *damnatio* pouvait recevoir l'adjonction sinon d'une condition, au moins d'un terme (*post annum*) et peut-être même d'une convention d'intérêts (*cum unciario faenore*).

2. L'existence de cette *damnatio* est aujourd'hui prouvée directement par le texte de Gaius, 3, 174, selon lequel celui qui éteint la dette dit : *Quod ego tibi condemnatus sum* et doit donc avoir été *damnatus*, dans le cas principal, où la dette est née *per aes et libram*, comme dans les cas assimilés du jugement de la procédure formulaire où il a été condamné par le juge, et du legs *per damnationem* où il l'a été par le testateur. Elle avait été, dès avant que ce passage de Gaius fut déchiffré par Studemund, déduite par la pénétration de Huschke de l'effet exécutoire attaché au *nexum*.

vendre au delà du Tibre. Le *nexum* a pour effet de permettre au créancier de faire *manus injectio* en vertu de son contrat[1]. Conformément à

1. Le droit du créancier du *nexum* d'agir contre le débiteur par *manus injectio*, sans avoir besoin de prendre de jugement, est d'abord établi par des textes littéraires, très nombreux à cause de la place tenue dans l'histoire romaine par la question des débiteurs emprisonnés pour dettes, et qui distinguent nettement deux catégories de prisonniers pour dettes : ceux qui le sont en vertu de jugements (*judicati*) et ceux qui le sont sans jugement (*nexi*), contre lesquels la *manus injectio* a donc été possible sans jugement. Nous citerons comme peut-être le plus frappant le texte de Denys, 6, 83, rapportant le projet de transaction proposé par Menenius Agrippa à la plèbe. V. d'autres exemples dans Senn, pp. 78-80. Sur le terrain des textes juridiques, tous les autres cas d'extinction *per aes et libram* sont des cas de *manus injectio* : le jugement, le legs *per damnationem*. Il n'y a que les obligations sanctionnées par *manus injectio* qui s'éteignent *per aes et libram* : il est assez naturel de penser que l'obligation à laquelle s'applique par excellence l'extinction *per aes et libram* est aussi une obligation sanctionnée par la *manus injectio*. Et c'est principalement en partant de ces arguments qu'on avait conjecturé avant la lecture certaine de Gaius, 3, 174, que le contrat devait fonder une *manus injectio*, résultant, supposait-on, d'une *damnatio* prononcée par le créancier devant les témoins (devant les témoins représentant le peuple, disait-on souvent dans une doctrine que nous croyons inexacte : cf. p. 293, n. 2). Aujourd'hui que la *damnatio* est avérée (p. 489, n. 2), elle constitue un nouvel argument dans le même sens : la *damnatio* prononcée par le juge dans certaines instances (*judicis postulatio* ? *condictio* ?), par le législateur dans la loi Aquilia, par le testateur dans le legs *per damnationem*, fait naître la *legis actio per manus injectionem*. Il doit en être de même de la *damnatio* prononcée depuis une époque probablement plus ancienne par le créancier du *nexum*. — A la vérité, cette doctrine sur l'efficacité propre de la *damnatio* en général et spécialement de la *damnatio* du *nexum* a été récemment combattue par M. Mitteis, pp. 111-118, dont les arguments ont notamment convaincu M. Lenel, p. 84. Pas plus que MM. Bekker, Kuebler, Huvelin, Senn, Eisele et de Zulueta, nous ne les croyons décisifs (M. Mitteis objecte en particulier : que la formule *damnas esto* ne fonde pas de *manus injectio* dans toutes les lois où on la rencontre et qu'au contraire, des lois qui accordent la *manus injectio* le disent en termes directs : l'objection disparaît si l'on remarque, comme nous l'avons fait dès notre première édition en renvoyant aux exemples rassemblés dans Bruns, *Kleinere Schriften*, 1, 1882, pp. 316-317, que, par un phénomène de débilitation assez fréquent, la *damnatio* a perdu à partir d'une certaine date son efficacité propre dans la langue législative ; — que c'est en partant de la doctrine générale selon laquelle les cas où *lis infitiando crescit in duplum* à l'époque formulaire étaient des cas de *manus injectio* au temps des Actions de la Loi qu'on admet la *manus injectio* dans les cas du legs et de la loi Aquilia et que cette doctrine n'est pas vraie : nous espérons justifier plus loin cette doctrine des critiques de M. Mitteis ; — que l'extinction *per aes et libram* ne prouve pas que la créance s'exerce par *manus injectio*, car la loi Publilia exige une extinction de cette espèce pour donner l'action *depensi* contre le débiteur principal au *sponsor* qui pourtant n'est pas tenu envers le créancier par l'action *per manus injectionem* : nous verrons que c'est parce que le *sponsor* n'a cette action *depensi* que quand il a payé sur un jugement préalable qui fonde contre lui la *manus injectio judicati*). — Quant à la raison de la force spéciale attachée à la *damnatio*, Huschke la cherche dans un caractère public que nous rejetons plus haut pour le *nexum* ; M. Huvelin dans un caractère de rite religieux exécratoire qui ne nous semble pas établi ici. Elle tient simplement, à notre sens, à ce que la plus ancienne obligation contractuelle fut sanctionnée par la seule *legis actio* qui existât au moment de sa reconnaissance. Et il nous semble même que cette observation explique un certain nombre de particularités où l'on a vu parfois des difficultés : ainsi l'étymologie de *damnas* qui indiquerait seulement l'idée d'obli-

un phénomène dont il y a des exemples dans beaucoup de législations archaïques [1], le créancier par *nexum* peut procéder à l'exécution sur la personne en vertu de son contrat de la même façon dont il le ferait en vertu d'un jugement [2]. A la différence des créanciers des autres contrats,

gation (cf. Mommsen, *Droit pénal*, 1, p. 13, n. 1 ; Huvelin, *Tablettes magiques*, 1901, p. 34, n. 1) : c'est qu'anciennement il n'y avait d'obligés que les *damnati*, dont l'obligation a paru plus rude seulement depuis qu'il y a eu des obligations plus douces ; ainsi la sanction de la *damnatio* par une *manus injectio* au lieu de l'action *sacramenti in personam* qui devrait, dit M. Huvelin, naître de ce contrat : le *nexum* est plus vieux que le *sacramentum* ; ainsi la singularité vue par beaucoup d'auteurs sur l'opinion desquels nous reviendrons à ce que, dans un droit ancien, le débiteur s'engage autrement qu'en aliénant son corps : la *manus injectio* porte sur le corps, comme la *vindicatio* de l'action réelle d'où sortit le *sacramentum in rem* porte sur la chose ; mais, dès le plus ancien droit romain, l'acte par lequel on s'empare de son débiteur et celui par lequel on s'empare de sa chose se sont séparés en deux rituels distincts.

1. V. en particulier pour le droit germanique les textes cités par Brinz, *Pandekten*, 2, p. 13 ; pour le droit hellénique, sur la clause καθάπερ ἐκ δίκης qui permet de procéder en vertu du titre à l'exécution sur la personne et les biens comme en vertu d'un jugement et dont l'existence est attestée dès le IVe siècle avant J.-C. dans la Grèce ancienne d'où elle passa dans l'Egypte des Ptolémées et des Romains et même dans toute la partie hellénique de l'empire, Mitteis, *Grundzüge*, pp. 119-129 ; bibliographie, p. 119 ; ajouter Modica, *Introduzione allo studio della papirologia giuridica*, 1914, pp. 110-117. On peut, en somme, ramener à la même idée toutes les conventions, fréquentes dans les législations anciennes, par lesquelles le débiteur est mis, pour le cas où il ne paierait pas, sous l'autorité du créancier. V. pour le droit hindou, J. Jolly, *Ueber das indische Schuldrecht*, *Sitzungsberichte* de Munich, 1877, p. 317 ; pour le droit scandinave, K. Maurer, *Schuldknechtschaft nach altnordischem Rechte*, *Sitzungsberichte* de Munich, 1874, p. 5 et ss. Il faut seulement avoir soin, quoique cela ne soit pas toujours aisé, de ne pas confondre avec les contrats entraînant dès le principe exécution sans jugement, à la façon du *nexum*, ceux, également représentés dans les législations parallèles au droit romain, par lesquels le débiteur insolvable déjà tombé au pouvoir du créancier s'entend avec lui, comme peut le faire le débiteur romain pendant les 60 jours consécutifs à la *manus injectio* opérée en vertu du *nexum* ou d'une autre cause. Cf. par exemple Maurer, *op. cit.*, p. 21, et Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 1884, p. 32.

2. Le système exposé au texte, qui se ramène à la double idée que le débiteur du *nexum* est tenu en vertu d'une *damnatio* prononcée par le créancier au moment de la pesée réelle, puis fictive de la somme prêtée et qu'il est soumis sans jugement à la *manus injectio*, ne date que du livre de Huschke avant lequel régnaient des idées très différentes et d'ailleurs assez divergentes entre elles. Mais depuis lors, il était devenu, avec beaucoup de variantes de détail, le plus répandu chez l'ensemble des romanistes. L'article de M. Mitteis a ouvert contre lui une campagne nouvelle qui a eu pour résultat de rajeunir des systèmes anciens et d'en faire naître de nouveaux. Nous citerons seulement les principaux, deux anciens, un nouveau. Le nouveau est celui de M. Lenel. D'après M. Lenel, l'obligation produite par le *nexum* dont parlent les XII Tables ne serait pas celle née d'un prêt *per aes et libram*, mais simplement celle née d'une mancipation qui astreint, par l'action *auctoritatis*, l'aliénateur à rendre le double du prix à son acquéreur évincé, et la preuve en serait dans les termes des XII Tables *cum nexum faciet mancipiumque*, où la conjonctive *que* impliquerait que le *mancipium* et le *nexum* seraient deux parties d'un acte unique et non deux actes distincts que les XII Tables eussent séparés par la disjonctive *ve*. Mais cette différence de conjonction n'a pas l'importance qu'on lui prête, pour beaucoup de raisons relatives soit à l'interprétation, soit à la transmission du texte, où par ex. la place singulière de *man-*

probablement plus récents, qui ont besoin pour arriver à cette exécution d'obtenir un jugement en vertu de leur contrat, il peut exécuter sans jugement. Le *nexum* est, peut-on dire, le titre exécutoire du temps où l'exécution porte sur la personne[1].

cipiumque a depuis longtemps porté à voir dans ces mots une addition faite après coup, peut-être à la suite de la restriction du sens de *nexum* aux actes générateurs d'obligation. En outre, le système est condamné par une considération de fond décisive : si le *nexum* était ce qu'il dit, les *nexi* dont on nous peint la condition misérable ne seraient pas des prolétaires endettés par les emprunts ou même par les achats à crédit, mais des spéculateurs qui se seraient ruinés en vendant ce qui ne leur appartenait pas, par un genre d'escroquerie particulièrement fermé aux pauvres. Le tableau qui nous est fait des *nexi* ne peut se rapporter qu'à des gens ruinés par l'emprunt et le crédit. Et les deux autres systèmes l'admettent. Seulement ils prétendent que cela n'implique ni *damnatio* ni *manus injectio*. Suivant l'un qui s'appuie sur un texte de Varron (Varron, *De l. L.*, 7, 105 : *Liber, qui suàs operas in servitutem pro pecunia, quam debebat, dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus*), le *nexum* serait l'acte par lequel on engagerait dans des formes ignorées ses services et ceux de ses personnes en puissance (Savigny, Bachofen, Giraud ; cf. même Cuq, *Institutions*, 1, pp. 116-118, où il admet pourtant la probabilité de la *manus injectio* et, semble-t-il, de la *damnatio*). Mais le texte ne dit pas que le *nexum* est cet arrangement ; il dit tout au plus que cet arrangement se rencontre pour le *nexus* ; or on sait comment ; c'est au moment où, après la *manus injectio*, le débiteur, *nexus* ou *judicatus*, détenu chez le créancier, qui devrait au bout de soixante jours être mis à mort ou vendu *trans Tiberim*, s'entend avec le créancier pour éviter ce danger, en lui engageant ses services. Prendre cela pour le *nexum*, c'est prendre le remède pour le mal. Quant au dernier système, il prend la mancipation pour le *nexum*. Selon cette doctrine, qui était déjà celle de Niebuhr, le grand historien, et qui a été reprise dans de nouveaux termes par M. Mitteis (v. auparavant Horten, *Die personale Execution*, 2, 1895, pp. 18-26, et depuis Mommsen, et avec des divergences assez grandes, Schlossmann : mancipation fiduciaire, et Huvelin : mancipation fiduciaire avec *damnatio* et *manus injectio*), le *nexum* serait une mancipation faite par le débiteur de lui-même, peut-être de sa famille, peut-être de ses biens. Il a été soutenu autrefois en partant de l'idée que le *nexum*, se faisant *per aes et libram*, devait se confondre avec le seul acte *per aes et libram* connu : la mancipation. M. Mitteis l'a repris, surtout, croyons-nous, sous l'influence de la comparaison avec les autres législations où l'on peut se vendre soi-même comme on vend ses enfants. Il soutient qu'à Rome on peut se manciper soi-même comme on peut manciper ses enfants, que c'est là le *nexum*. Mais précisément il existe en droit romain un régime différent qui résulte de la terminologie même : les enfants aliénés par le père sont appelés *in mancipio* parce qu'ils sont mancipés ; si celui qui se lie envers le créancier par *nexum* est appelé *nexus* et non pas *in mancipio*, c'est parce qu'il n'a pas aliéné sa personne par une mancipation ayant son sujet pour objet qui serait sans exemple dans la technique romaine (v. Lenel, p. 84), mais qu'il a pris une obligation qui d'ailleurs, par suite de l'exécution sur la personne, n'aboutit pas à des résultats très différents. Cela a même conduit un moment M. Mitteis à admettre deux sortes de *nexum* : l'un personnel, qui ferait naître l'action *sacramenti in personam*, l'autre réel, plus dur, qui ferait naître l'action *sacramenti in rem*, pour s'emparer du débiteur. En réalité il n'y en a qu'un, qui permet de s'emparer du débiteur non pas par le *sacramentum in rem*, mais par la *manus injectio* résultant de la *damnatio* prononcée par le créancier contre le débiteur au moment de la pesée réelle ou fictive du montant de la dette. V. en ce sens, Bekker, Kuebler, Senn, Eisele et de Zulueta.

1. La comparaison la plus exacte dans notre droit, où l'exécution porte sur les biens, serait celle des actes notariés en vertu desquels on peut procéder à l'exécution forcée, en particulier à la saisie immobilière, comme en vertu d'un juge-

3. *Désuétude du nexum.* Le système est empreint à l'égard du débiteur d'une rigueur qui le rend avantageux pour le créancier et qui le fait adopter volontiers par les législations primitives, mais qui le rend bientôt impopulaire et qui le fait abandonner par des civilisations moins rudes. On a remarqué des traces de ce mouvement en droit germanique et en droit hellénique [1]. En droit romain, la réforme a été faite par une loi de la première moitié du V[e] siècle, que des témoignages divergents attribuent les uns aux consuls de 428 Poetelius et Papirius, les autres à un Poetelius dictateur en 441, et qui est, à notre sens, des consuls de 428 [2]. Cette loi [3], qui adoucit en même temps le système général de l'exécution, n'abolit pas le *nexum* ; mais elle lui enleva la force exécutoire, elle décida qu'il ne dispenserait plus de prendre jugement contre le débiteur. Cela ne l'empêche pas de continuer à exister, ainsi que le suppose encore Gaius ; mais cela amena sa désuétude pratique en détournant de recourir à ses formes compliquées pour obtenir un but qu'on pouvait atteindre plus simplement par d'autres contrats formels déjà existants ou reconnus civilement peu après, ainsi par le contrat verbal.

ment : C. civ., 2213 ; C. pr., 545. On pourrait aussi penser à la clause de voie parée en usage avant la loi du 2 juin 1841, par laquelle le débiteur déclarait consentir, s'il ne remboursait pas le créancier, à la vente de ses immeubles en dehors des formes de la saisie immobilière ; mais cette clause se rapprocherait, en partie, plutôt de celle par laquelle un débiteur romain aurait renoncé à la protection des formes et des délais de la procédure régulière d'exécution allant de la *manus injectio* devant le magistrat à la vente *trans Tiberim* ou à la mort.

1. Dans le droit germanique qui avait anciennement connu un régime analogue (p. 491, n. 1), certaines législations, par exemple celle des Wisigoths, *lex Visig.*, 2, 58, l'ont ensuite écarté par des dispositions expresses. En droit hellénique, l'effet de la clause καθάπερ ἐκ δίκης a été atténué, au moins depuis l'époque du Principat, par l'exigence d'une homologation judiciaire préalable et par la reconnaissance d'une possibilité d'opposition qui sont attestées pour l'Egypte par les papyrus (Mitteis, *Chrestomathie*, n[os] 227 et 228) et qui ont peut-être été des institutions communes à tout l'empire (cf. Philostrate, *Vita soph.*, 1, 25, 21). Toutes les dispositions législatives fréquentes dans l'histoire du droit déclarant non avenues les clauses par lesquelles le débiteur se soumettrait à une rigueur particulière ou renoncerait aux protections légales (cf. Kohler, *Shakespeare*, p. 88 et ss.) rentrent dans le même ordre. On peut rapprocher de là, sous les réserves indiquées, p. 492, n. 1, le nouvel art. 642 C. pr., introduit par la loi du 2 juin 1841, et prohibant la clause de voie parée.

2. La loi est attribuée par Varron, 7, 105, au dictateur C. Poetelius, C. f., C. n., Libo Visolus, placé par les fastes en l'an 441, et par Tite-Live, 8, 28, au consul C. Poetelius, C. f., Q. n., cos. 428, pour la troisième fois, avec L. Papirius Mugilanus ou Cursor. M. Mommsen, *Römische Forschungen*, 2, 1879, p. 244 et ss., a démontré à notre sens que la dictature de Poetelius est une interpolation des fastes et que par conséquent la loi se place en 428. En tout cas, il ne faudrait pas, comme on a fait quelquefois, l'appeler Poetelia Papiria et la placer en 441.

3. Tite-Live, 8, 28 : *Nexi soluti : cautumque in posterum ne necterentur.* Cicéron, *De rep.*, 2, 34 : *Omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum.* Cf. Kleineidam, *Festgabe f. F. Dahn*, 1905, 2, pp. 3-30.

§ 2. — Contrat verbal.

Le contrat verbal[1] présente trois variétés d'importance très inégale : la stipulation, la *dictio dotis* et le *jusjurandum liberti*.

La stipulation, qui est la variété la plus importante, sert à rendre obligatoires les conventions les plus diverses par un cérémonial très simple : par une interrogation verbale du créancier *spondesne ? promittisne ? fidepromittisne ?*) et par une réponse conforme du débiteur (*spondeo* ; *promitto* ; *fidepromitto*)[2]. Mais précisément cette simplicité porte à se demander si la stipulation a pu, dès les temps les plus reculés, fonctionner sous cette forme.

A la vérité, on a répondu que l'interrogation et la réponse sont un mode de convention assez naturel pour avoir pu être inventé directement, sans qu'il y eût besoin d'aucun précédent. Mais c'est déplacer le problème : il ne s'agit pas de savoir comment on a pu inventer cette forme ; il s'agit de savoir comment on a pu lui reconnaître la vertu de rendre les conventions obligatoires, d'en faire des contrats munis d'actions. Le droit primitif n'admet pas qu'une obligation dérive d'un simple accord de volontés. L'interrogation et la réponse rendent plus clair l'accord de volontés. Elles ne l'empêchent pas de n'être qu'un accord de volontés : on ne voit donc pas pourquoi elles auraient le pouvoir de le rendre obligatoire. De plus, si le contrat verbal du type indiqué avait existé dans les temps les plus reculés, il serait surprenant que les renseignements épars, mais très abondants, que nous possédons sur les XII Tables n'en disent rien, quand ils nous parlent de quantité d'institutions bien moins importantes, disparues entièrement ou à peu près de très bonne heure. Sans doute la transmission des XII Tables est trop fragmentaire pour qu'on puisse tirer de leur silence une preuve absolue.

1. *D.*, 45, 1, *De verborum obligationibus*. *Inst.*, 3, 15, *De verborum obligatione*. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 699-745.

2. Pomponius, *D.*, *h. t.*, 5, 1 : *Stipulatio autem est verborum conceptio quibus is qui interrogatur daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit*. Le mot *stipulatio* est dérivé de *stips*, monnaie, par Varron, *De l. L.*, 5, 182, et par Festus, v° *stipem* ; de *stipulus* = *firmus*, par Paul, *Sent.*, 5, 7, 1 : *Stipulationes appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur : stipulum enim veteres firmum appellabant*, et Justinien, *Inst.*, *h. t.*, *pr.* (cf. aussi la paraphrase des *Inst.*). L'étymologie qui le rattache à *stipula*, fétu, n'apparaît que dans la *lex Romana Raetica Curiensis*, 24 (éd. Zeumer, p. 421) et chez Isidore, *Orig.*, 5, 24, 30. Il est donc bien aventureux d'admettre avec M. Viollet, *Hist. du dr. français*, p. 642, que la stipulation romaine ait eu un rapport quelconque avec la rupture d'un fétu de paille (*festuca*) à laquelle paraît avoir pensé la *lex Curiensis*, mais non d'ailleurs le texte d'Isidore qui semble plutôt se reporter à l'usage des tailles (*veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes, frangebant quam iterum jungentes sponsiones suas agnoscebant*). V. déjà contre les conclusions tirées pour le droit romain soit du texte d'Isidore, soit de celui de la *lex Curiensis* qu'il croyait une loi des Lombards, Savigny, *Hist. du dr. romain au moyen âge*, 2, p. 148, n. *k*.

Cependant il est bien singulier, si elles connaissaient la stipulation, que nous n'en sachions rien, tandis que nous savons par exemple qu'elles parlaient du *nexum*, abrogé pratiquement dès l'an 428, qu'elles parlaient même du serment, absolument disparu, par la suite, du cercle des institutions civiles [1].

Le caractère obligatoire du contrat verbal et le silence des XII Tables s'expliqueraient au contraire parfaitement, si le contrat verbal était dérivé, postérieurement à cette loi, de l'un ou de l'autre des modes de s'obliger reconnus par elle, soit du *nexum*, soit du serment obligatoire. On l'a en effet soutenu pour tous deux. Mais la doctrine, autrefois répandue, selon laquelle le contrat verbal serait une dégradation du *nexum*, se heurte à des objections décisives tirées de la structure des deux actes : pour ne citer que la plus frappante, les deux parties parlent dans la stipulation et le créancier parle seul dans le *nexum* : un dialogue ne peut être une simplification d'un monologue. En revanche, le système qui considère le contrat verbal comme venant d'un ancien serment obligatoire s'appuie très solidement sur la combinaison des deux ordres de preuves : sur des preuves qui montrent que le serment était un mode de contracter dans le droit des XII Tables et dans le droit antérieur [2], et sur des preuves selon lesquelles le mot qui désigne le contrat verbal dans sa forme la plus romaine, le nom de *sponsio* désignait anciennement un acte religieux, un serment [3]. La *sponsio* étant un serment et le serment étant générateur d'obligation dans le droit ancien, il n'y a rien de bien audacieux à supposer que la *sponsio* obligatoire du droit nouveau vient d'une *sponsio* obligatoire, en qualité de serment, du droit ancien. Et cette vraisemblance augmente encore quand on voit que le même raisonnement peut se répéter pour la forme de

1. V. pour le *nexum*, p. 488, n. 2 ; pour le serment, ci-dessous n. 2.

2. Le serment était expressément reconnu comme source d'obligation par les XII Tables, d'après Cicéron, *De off.*, 3, 31, 111 : *Nullum enim vinculum ad astringendam fidem jurejurando majores artius esse voluerunt. Id indicant leges in XII tabulis.* Pour l'époque antérieure, Denys, 1, 40, dit que ceux qui voulaient rendre leurs conventions obligatoires les faisaient par serment à l'autel d'Hercule.

3. Festus, au mot *spondere*, où il donne plusieurs étymologies d'après Verrius Flaccus, en rapporte notamment une d'après laquelle les mots de ce groupe viendraient du grec parce que les σπονδαι y avaient lieu *rebus divinis interpositis : Sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait, quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant.* L'étymologie est vraie ou fausse (plutôt fausse, car le parfait archaïque *spopondi* du verbe *spondere* n'indique pas un mot d'emprunt) ; mais le raisonnement suppose que la *sponsio* a également lieu *rebus divinis interpositis* : il prouve donc son caractère religieux. Maintenant ce caractère religieux consiste dans un serment, d'après la définition rapportée par l'abréviateur de Festus, Paul Diacre : *Consponsor, conjurator* ; si le *consponsor* est un *conjurator*, c'est que le *sponsor* est un *jurator*. Enfin, par un parallélisme assez fréquent dans l'ancien droit romain, à la *sponsio*, qui avait lieu en droit national entre citoyens correspondait, en droit international, une *sponsio* qui avait lieu dans les traités faits avec les généraux étrangers. Or cette *sponsio* du droit international paraît avoir été d'abord un serment ; cf. Th. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 283.

stipulation qui est la plus usitée après celle-là, pour celle où l'on emploie au lieu du verbe *spondere* les verbes *promittere*, *fidepromittere* [1].

Il n'y a eu, pour passer de la *sponsio* et de la *fidepromissio* religieuses à la *sponsio* et à la *fidepromissio* civiles, pour séculariser le contrat verbal, qu'à mettre à la place du dialogue déjà échangé, quoiqu'on l'oublie parfois, entre celui qui reçoit le serment et celui qui le prête [2], l'interrogation et la réponse du système moderne. C'est ce qu'on a fait à une époque incertaine, sûrement antérieure non seulemeut à la fin de la République, mais à l'introduction de la procédure formulaire [3]. Et, à partir de là, la vertu, peut-être au reste différente selon le temps, que la *sponsio* et la *fidepromissio* avaient d'abord tirée de leur caractère de serment, resta au contrat purement laïque [4] dont nous allons préciser

1. Cela paraît bien être impliqué par la légende rapportée par Tite-Live, Denys, etc., selon laquelle Numa fit de la *fides* une divinité ayant son siège dans la main droite des citoyens (Tite-Live, 1, 21 : *Et soli fidei solemne instituit* [*Numa*] ... *significantes fidem tutandam, sedemque ejus etiam in dextris sacratam esse*. Denys, 2, 75. Plutarque, *Numa*, 16. Cf. Servius, *Ad Aen.*, 3, 607 : *Physici dicunt esse consecratas numinibus singulas corporis partes... ut dextram fidei*. Pline, *N. H.*, 11, 45 : *Inest et aliis partibus quaedam religio, sicut dextera osculis aversa appetitur, in fide porrigitur*), c'est-à-dire, semble-t-il, selon laquelle, tandis qu'antérieurement on ne pouvait prêter un serment valable qu'en touchant l'autel, on peut désormais le faire aussi bien en mettant sa main droite dans la main de l'autre partie, *promittere dextram*, *fide promittere dextram*, d'où, par abréviation, *promittere*, *fide promittere*. V. en ce sens Huschke, *Verfassung des Servius Tullius*, 1833, p. 693, n. 37. *Gaius*, 1855, p. 73. Danz, *Gesch. des römischen Rechts*, 2, § 148, 3 ; § 150 ; cf. en sens contraire, Goeppert, *Z. R. G.*, 4, 1865, p. 267, n. 15 et Huvelin, *Studi in onore di C. Fadda*, 6, 1906, pp. 79-107 (qui admet d'aillenrs le caractère religieux, mais le conçoit autrement).

2. Celui qui recevait le serment *praeibat verbis*, *exigebat jusjurandum* et celui qui le prêtait *jurabat*, *dejerabat verbis conceptis*, *in verba illius*. V. notamment les exemples dans Plaute, *Rudens*, 5, 2, 46-57 et *Miles gloriosus*, 5, 1, 18-23 et, pour le serment des militaires reçu par leurs tribuns, Aulu-Gelle, 16, 4, 2. Polybe, 6, 33, 1. Tite-Live, 22, 38. Cf. Aulu-Gelle, 2, 24 : *Jurare apud consules seu censores conceptis verbis*. Silius Italicus, 10, 448 : *Dictataque jurant sacramenta deis*. Priscien, 18, 210 : '*Verbis praeire*' *et* '*jurare in verbis illius*' *id est* '*quomodo ille dictaret*'.

3. La stipulation laïque et privée est déjà attestée par le second chef de la loi Aquilia qui est, malgré l'incertitude de sa date exacte, sûrement antérieure à la loi Aebutia (p. 421, n. 3). D'autre part, le sénatus-consulte des Bacchanales de l'an 568 distingue nettement le serment de la *sponsio* et et de la *promissio* en défendant à la fois de *conjourase... conspondise compromesise*. Cela ne prouve pas que la *sponsio* et la *promissio* n'aient jamais été des serments ; mais cela prouve qu'elles n'en sont plus en l'an 568. V. aussi les textes de Plaute dans Costa, *Diritto romano nelle comedie di Plauto*, pp. 273-276.

4. L'idée d'après laquelle le contrat verbal et en particulier la *sponsio* tire son origine du serment a été exprimée par Huschke, *Verfassung des Servius Tullius*, 1838, p. 603. Elle a été particulièrement développée par Danz, *Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*, 1857 ; *Gesch. d. röm. Rechts*, 2, 1873, §§ 147-150. Elle est admise notamment par Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 283, p. 268, n. 1 ; Baron, *Institutionen*, § 111 ; Salkowski, *Institutionen*, p. 357 ; Brissaud, *Recueil de l'Acad. de législation de Toulouse*, 36, 1888, p. 244-289 ; Huvelin, *Studi Fadda*, 6, 1906, p. 79, n. 1, etc. Elle a été particulièrement combattue par Girtanner, *Die Stipulation*, 1859, pp. 14-81. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 699 et ss. et Mitteis, *Aus*

les formes, les effets et la sphère d'application. Nous dirons ensuite le nécessaire sur le *jusjurandum liberti* et la *dictio dotis*.

1. *Formes de la stipulation*. Dès le premier jour où la stipulation nous apparaît dans les textes, elle présente des formes bien moins compliquées que les actes formels rencontrés par nous avant elle, non seulement que le *nexum*, mais que la mancipation et l'*in jure cessio*. Ici il n'y a pas besoin ni de simulacre de procès, ni de simulacre de pesée, ni du concours du magistrat, ni de celui des témoins. Il faut uniquement[1] : 1° qu'il y ait une interrogation du créancier et une réponse du débiteur, dont la formule la plus ancienne, la plus romaine, toujours restée réservée aux seuls citoyens (*propria civium Romanorum*), était la formule *spondesne ? spondeo*, mais pour lesquelles on peut de bonne heure employer d'autres formules accessibles aux pérégrins : *dabis ? dabo* — *promittis ? promitto*, etc.[2] ; — 2° que la réponse soit congruente à l'interrogation, que les deux termes du dialogue se correspondent tant pour la partie invariable de la formule, le verbe, que pour la partie variable désignant l'objet du contrat, de telle sorte qu'à l'interrogation *spondesne decem ?* on devra répondre *spondeo decem* ou *spondeo* tout court, mais qu'il y aurait nullité si l'on répondait *spondeo quinque*[3] ; — 3° que l'interrogation et la réponse soient verbales, ce qui fait que ce contrat requiert la présence des parties et leur aptitude à parler et à entendre, qu'il ne peut intervenir entre absents et qu'il est inaccessible aux sourds et aux muets[4].

Mais, par un phénomène d'effacement qui est dans la nature des choses, ces formes très simples se sont elles-mêmes encore simplifiées sous l'action du temps. Les exigences premières sont déjà fort atténuées

römischem und bürgerlichem Recht (*Festschrift Bekker*), 1907, pp. 109-114, *Privatrecht*, 1, § 10, n. 10. Dans un sens intermédiaire, A. Pernice, *Sitzungsberichte* de Berlin, 1885, pp. 1159-1160, admet l'origine religieuse, mais non le serment. La doctrine du serment présente, à notre avis, toutes les vraisemblances, surtout à condition de n'y pas voir un symptôme d'une religiosité démesurée des Romains, mais tout simplement un expédient inventé pour donner une certaine efficacité à des engagements qu'on ne pouvait ou ne voulait rendre obligatoires dans les formes du *nexum*. Le point délicat est de savoir quelle était cette efficacité. M. Danz va jusqu'à soutenir que ces engagements auraient jadis été sanctionnés par une *manus injectio*. M. Mommsen pense au contraire, qu'ici comme ailleurs, le serment aurait été un moyen de suppléer par une garantie purement morale à la garantie civile qui faisait défaut, et que le contrat verbal aurait été muni d'action, seulement lors de la sécularisation, à la suite de la suppression du *nexum*. Cependant le texte de Cicéron sur les XII Tables paraît bien supposer un lien civil, et on peut concevoir que la force civile attachée au serment promissoire à une époque où le droit civil et le droit religieux étaient confondus lui ait été expressément maintenue au moment de leur séparation et ait ensuite passé de lui au contrat verbal moderne.

1. Pomponius, *D. h. t.*, 5, 1 (p. 494, n. 2).
2. Gaius, 3, 92.93.
3. Gaius, 3, 102.
4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Inst.*, 2, 19, *De inut. stip.*, 12 ; 7.

à la fin de l'époque classique. Elles ont pour ainsi dire complètement disparu au temps de Justinien.

Dès avant la fin de la période classique, dès le temps des Sévères, on admet que la stipulation, qui devait se faire à l'origine à l'aide de l'un des verbes prescrits, et par conséquent en latin, pourrait se faire dans une langue étrangère ; qu'à condition de se comprendre ou d'avoir un interprète, les parties pourraient faire l'interrogation et la réponse dans des langues différentes [1] ; que même la réponse pourrait ne pas être congruente, que le promettant pourrait répondre en termes quelconques [2] et que, si les deux parties avaient indiqué des sommes différentes, le contrat serait valable pour la plus faible [3]. Cependant il fallait toujours une interrogation orale suivie d'une réponse orale en termes quelconques [4]. On ne demande même pas cela quand, ainsi qu'il est très habituel [5], un acte écrit a été dressé pour constater le contrat. Alors il suffit de la confection, les parties présentes, de cet acte constatant l'accomplissement de la stipulation. Elle sera réputée par cela seul avoir eu lieu régulièrement [6]. La stipulation, qui exige encore une interrogation et une réponse orales quelconques quand il n'est pas fait d'écrit peut, dès le temps des Sévères, résulter sans rien de tout cela d'un acte écrit dressé entre présents.

Sous Justinien, les formes de l'interrogation et de la réponse avaient été supprimées, pour la stipulation faite sans écrit elle-même, par une constitution de Léon de 472, qui la déclara valable, quelles qu'eussent été les paroles prononcées, donc à la seule condition qu'elle eût été conclue verbalement [7]. Mais, qu'il y eût un écrit ou non, la présence des parties restait toujours une condition indispensable [8]. C'était une

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 6.

2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 2 : *Si quis ita interroget 'Dabis', responderit 'Quidni', et is utique in ea causa est ut obligetur ; contra si sine verbis adnuisset.*

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 4, le dit positivement ; mais la présence de cette solution dans la compilation de Justinien paraît en antinomie avec *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 5, reproduisant Gaius, 3, 102, selon lequel tout est nul. L'antinomie a parfois été résolue en supposant que les Institutes visent l'hypothèse d'erreur, de malentendu, et Ulpien celle où il y a, malgré la discordance de forme, un accord de fond qui exclut l'erreur. Elle vient, croyons-nous, plutôt d'une maladresse qui a fait insérer aux *Inst.* la solution de Gaius déjà écartée à l'époque d'Ulpien.

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 2 : *Contra si sine verbis adnuisset.* Dans le même texte d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 3 = Lenel, 2949, la finale est probablement une addition des compilateurs et Ulpien admettait encore la nullité.

5. Cicéron, *Top.*, 25, 96 ; *Partit. orat.*, 31, 107 ; 39, 137, compte déjà les stipulations parmi les actes écrits. V. des exemples concrets, *Textes*, pp. 821. 841. 842.

6. Paul, *Sent.*, 5, 7, 2 = *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 17 : *Si scriptum fuerit in instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.* Paul, *D.*, *h. t.*, 134, 2.

7. *C.*, 8, 37 (38), *De contrahenda stip.*, 10 : *Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem.*

8. On pourrait seulement se demander si le mouvement n'a pas été encore plus large pour certains contrats (*fidejussio* : Ulpien, *D.*, *h*, *t.*, 30 ; *Inst.*, 3, 20,

conséquence de l'ancien usage de l'interrogation et de la réponse. Elle n'avait plus de raison d'être dans la stipulation faite par écrit, où il n'y avait même pas besoin de paroles. Mais elle y survivait à sa cause. Justinien aurait pu abolir cette exigence, tirer franchement les conséquences du nouvel état de choses en disant que le nouveau contrat désigné de l'ancien nom de stipulation pourrait se former soit entre sourds et muets, soit entre absents. Il ne l'a pas fait. Seulement il a beaucoup atténué les effets de cette exigence en restreignant le cercle des cas dans lesquels on pourrait en déduire la nullité des contrats par l'allégation d'alibis. Il a décidé qu'en présence d'un écrit daté par lieu et jour et mentionnant la présence des parties, il n'y aurait qu'une preuve d'absence d'admise : celle de l'absence d'une des parties du lieu pendant tout le jour [1]. Des personnes présentes à un jour donné dans une même ville n'auront même plus besoin de se déranger pour conclure ensemble une stipulation par écrit [2].

2. *Fonctions de la stipulation.* La stipulation sert d'abord comme le *nexum*, et avec une tout autre étendue, à rendre des engagements obligatoires. Depuis que la pesée y était simulée, le *nexum* pouvait servir à sanctionner tous les engagements ayant pour objet des sommes d'argent ; mais, sauf peut-être quelques extensions récentes et limitées, il ne pouvait servir à sanctionner que ceux-là. Le contrat verbal a peut-être aussi eu, sous ce rapport, un développement progressif [3]. Il se peut qu'il n'ait pu au début faire naître que des créances de sommes d'argent et qu'il ait été étendu ensuite aux créances d'autres corps certains, puis ensuite encore à celles ayant un objet incertain [4]. Mais, en tout cas, il sert dès une époque très reculée, dès avant l'introduction de

De fidejuss., 8) ou dans certaines régions (par exemple d'après le livre syro-romain ; cf. le commentaire de Bruns, p. 205).

1. *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 12, résumant *C.*, 8, 37 (38), *De contr. stip.*, 14.

2. C'est d'ailleurs à tort que l'exigence de la présence des parties est regardée comme ayant été supprimée postérieurement par la novelle 72 de Léon le philosophe : v. Zachariae von Lingenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 1892, p. 292 ; trad. Lauth, 1870, p. 147 ; on ne paraît pas davantage avoir jamais pensé à relever les sourds et les muets de leur incapacité.

3. Il y aurait encore eu un développement progressif à un point de vue différent si l'on voyait le domaine originaire de la stipulation ou avec M. Mitteis, *Z. S. St.*, 22, 1901, p. 97, *Aus römischem und bürgerlichem Recht*, pp. 109-142. *Privatrecht*, 1, pp. 266-272, dans l'engagement des cautions de procédure, ou avec M. Collinet, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 75-86, dans la promesse de composition pécuniaire d'un délit. Ces deux théories pourraient plus ou moins aisément se concilier avec l'origine religieuse (p. 495, n. 3), que M. Collinet admet et que M. Mitteis nie. Mais elles nous semblent plus hypothétiques. De plus, si l'idée de M. Mitteis peut s'appuyer sur certaines analogies du droit germanique (interprétées différemment par exemple par M. Lenel, *Z. S. St.*, 23, 1902, pp. 96-99), les témoignages directs sur le droit romain nous y montrent la distinction des cautions de procédure (*vades*) et des débiteurs verbaux ordinaires particulièrement accusée à l'époque ancienne.

4. Cf. par exemple Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 706-712.

la procédure formulaire, croyons-nous, à faire naître indifféremment les unes et les autres [1]. Il sert à rendre obligatoires toutes les conventions, quel qu'en soit l'objet, pourvu que cet objet soit licite et présente un intérêt appréciable en argent pour le créancier. La stipulation est, comme le dit l'étymologie favorite des jurisconsultes romains, un instrument qui sert à consolider, à rendre obligatoires les arrangements les plus variés, à transformer en contrats verbaux toutes les conventions qu'on enchâssera dans ses formes [2].

Mais, à côté de cette première fonction, la stipulation en a deux autres très nettes qu'on ne trouve pas relevées pour le *nexum*. — Au lieu de faire naître de rien une obligation entièrement nouvelle, elle peut servir à remplacer une obligation existante par une obligation nouvelle, créée soit entre les mêmes parties, soit entre des parties différentes. C'est la novation, extinction d'une obligation préexistante par la création d'une obligation nouvelle, qui peut avoir lieu soit entre les mêmes parties, soit entre des parties différentes, par changement de créancier ou de débiteur. — Enfin le contrat verbal peut servir non plus à mettre un nouveau créancier ou un nouveau débiteur à la place de l'ancien, mais à mettre un créancier accessoire à côté du créancier principal, — c'est l'*adstipulatio*, qui a eu anciennement une certaine utilité pratique, — ou surtout à mettre un débiteur accessoire à côté du débiteur principal, — c'est l'*adpromissio*, qui est à Rome un des grand procédés de cautionnement [3].

3. *Effets de la stipulation.* La stipulation a pour effet, comme le *nexum*, de faire naître une action, de transformer le pacte sur lequel elle porte en contrat muni d'action. Mais, tandis qu'avant la loi Poetelia Pa-

1. L'existence de stipulations ayant pour objet un *incertum*, un fait, le bon accomplissement d'un travail est, à notre sens, établie par des textes formels du traité d'économie rurale de Caton le Censeur. V. par exemple *De re r.*, 144, 2, 5 ; *Oleum cogi recte satisdato arbitratu L. Manli* ; 146, 2, 5 : *Recte haec dari fieri satisque dari domino an cui jusserit promittito, satisdatoque arbitratu domini.* Or, Caton le Censeur est mort en l'an 605 de Rome, donc avant la loi Aebutia (p. 37). V. aussi Plaute, *Men.*, 5, 4, 6. Cf. Bekker, *Aktionen*, 1, p. 146 ; p. 148.

2. On peut relever, comme un développement curieux de la même idée, le zèle peu éclairé avec lequel les populations nouvelles soumises au droit romain sous l'Empire en sont arrivées à voir dans la stipulation réelle ou réputée accomplie, un moyen non pas seulement de transformer les conventions en contrats sanctionnés par une action personnelle, mais de donner la validité aux actes les plus étrangers à son domaine rationnel, ainsi à des affranchissements, à des testaments. V. pour la moitié orientale de l'Empire le testament de l'an 235 et l'affranchissement de 354, cités par Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, p. 487. Dans la partie occidentale, cette expansion irrationnelle a été plus tardive ; mais elle n'a pas fait non plus défaut et il n'est peut-être pas inadmissible d'y rattacher la formule connue *stipulatione subnixa* mise plus tard dans un sens différent à la fin des actes les plus disparates à l'époque barbare (cf. Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der Urkunde*, 1, 1880, p. 220 et ss.).

3. Nous étudierons la novation dans notre titre III et l'*adstipulatio* et l'*adpromissio* dans notre titre V. Nous verrons aussi, en étudiant la procédure, comment la stipulation peut remplir une partie de ces fonctions en vertu d'un ordre de l'autorité publique l'imposant à celui qui s'engage.

piria, le *nexum*, étant pourvu de la force exécutoire, donnait directement le droit de passer à l'exécution contre le débiteur, de faire *manus injectio*, le contrat verbal n'est pas exécutoire par lui-même. Il donne seulement le droit d'obtenir un jugement en vertu duquel on pourra ensuite exécuter, faire *manus injectio*. Afin d'obtenir ce jugement, il permit probablement d'abord d'intenter l'*actio sacramenti in personam*, qui est l'Action de la loi de droit commun pour les créances qui ne sont pas exécutoires[1]; puis il permit en outre d'intenter, quand l'objet du contrat était une somme d'argent, la *condictio*, en vertu de la loi Silia qui établit la *legis actio per condictionem* en matière de *certa pecunia*, et, quand l'objet du contrat était une autre prestation certaine, la même action, en vertu de la loi Calpurnia, qui l'établit en matière d'*omnis alia certa res*. Sous la procédure formulaire, la stipulation est sanctionnée selon que son objet est une somme d'argent certaine, ou une ou plusieurs autres choses certaines, ou une prestation incertaine, par trois actions qui dérivent de celles-là : la *condictio certae pecuniae*, la *condictio triticaria* et l'action *ex stipulatu*, qui sont toutes trois de droit strict, mais qui présentent certaines différences utiles à signaler.

La première, la plus stricte, est celle dans laquelle le demandeur prétend être créancier d'une somme d'argent déterminée, la *condictio certae pecuniae*, comme on l'appelle commodément, qui portait le nom technique d'*actio certae creditae pecuniae*[2], mais qui, en revanche, n'a jamais porté à Rome, malgré le langage de textes interpolés, le nom équivoque

1. L'accès de la procédure du *sacramentum in personam* au créancier du contrat verbal est, à notre avis, prouvé positivement par ce que dit Gaius, 4, 95, de la procédure *per sponsionem* par laquelle se lient les procès déférés aux centumvirs et où l'on intente précisément encore, à l'époque classique, la *legis actio sacramenti in personam* pour réclamer une somme d'argent promise par contrat verbal. Cf. p. 346, n. 2 et *N. R. H.*, 1895, pp. 421-423. On a, à la vérité, souvent prétendu plus ou moins explicitement que le contrat verbal n'aurait été muni d'action que par la loi Silia en matière de *certa pecunia* et par la loi Calpurnia, en matière d'*alia certa res* et qu'il n'aurait donc jamais eu d'autre sanction que la *condictio* (Puchta, *Institutionen*, 1, § 152, n. *e*; Cuq, *Institutions*, 1, p. 212, n. 5). Mais cela ne se concilie pas seulement assez mal avec l'emploi du *sacramentum* que nous venons de signaler et qui doit être plutôt une survivance qu'une innovation ; c'est positivement contredit par Gaius, 4, 20, selon lequel les prétentions sanctionnées depuis la loi Silia et la loi Calpurnia par la *condictio* l'étaient auparavant par le *sacramentum* ou la *judicis postulatio* ; en outre, cela conduirait à dire que la stipulation incertaine, ne rentrant dans le champ ni de la loi Silia, ni de la loi Calpurnia, n'aurait été rendue obligatoire qu'après l'introduction de la procédure formulaire ; or nous venons de voir le contraire (p. 500, n. 1).

2. Nous citerons seulement, parmi les preuves abondantes de cette dénomination technique, la loi Rubria, c. 21-22. Quintilien, *Inst. orat.*, 4, 2, 6 et 61. Sénèque, *De benef.*, 3, 7, 1. Papinien, *D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 19, 3. Tryphoninus, *D.*, 20, 5, *De distr. pign.*, 1, 12. Cf. Lenel, *Edictum*, p. 228, n. 1 (*Ed.*, 1, p. 270, n. 2). A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 212, n. 3. Sur l'identité de l'*actio certae creditae pecuniae* et de la *condictio certae pecuniae* contestée à tort par Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 594-598, et W. Stintzing, *Beiträge z. römisch. Rechtsgeschichte*, 1901, v. en dernier lieu R. v. Mayr, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 260-267.

de *condictio certi* [1]. En négligeant d'autres caractères moins importants [2], elle présente pour grands traits [3] d'avoir une *intentio certa* : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere*, ce qui fait que le demandeur qui y formera une demande exagérée perdra son procès ; d'avoir une *condemnatio certa*, dont le juge ne pourra modifier le montant ; enfin de comporter une *sponsio* et une *restipulatio tertiae partis*, promesse réciproque du tiers du montant du litige pour le cas de perte du procès dont chaque plaideur pourra provoquer l'administration au moment de l'organisation de l'instance, précisément pour être ainsi indemnisé des ennuis du procès qu'on lui fait à tort ou qu'on le force à tort à faire [4].

La seconde, la *condictio triticaria* ou *certae rei* [5], donnée à celui qui est créancier d'une chose déterminée ou d'une quantité de choses déterminées : cent boisseaux du meilleur blé de Sicile, l'esclave Stichus, le fonds Cornélien, a encore une *intentio certa* : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio tritici Africi optimi modios centum dare oportere*, ce qui fait qu'elle comporte encore une *plus petitio* ; mais la *condemnatio* y est *incerta* : *Quanti ea res est, judex condemnato*, ce qui donne au juge une plus grande latitude d'appréciation, et elle ne comporte pas de *sponsio et restipulatio tertiae partis*.

1. Elle est appelée du nom de *condictio certi* dans deux textes (*D.*, 12, 1, *De R. C.*, 9, 3 ; *D.*, 46, 2, *De nov.*, 12 ; cf. *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 28, 4 : *certum condicere*), dans une autre (*D.*, 13, 3, *De cond. trit.*, 1, *pr.*) du nom encore plus surprenant d'*actio si certum petitur*. Et M. de Savigny, *Traité*, 5, pp. 600-602, a soutenu que le nom de *condictio certi* ou même d'*actio si certum petitur* s'appliquait, au sens étroit, à l'action par laquelle on demande une *certa pecunia*, par opposition à l'action par laquelle on demande une *certa res*, un *certum*. Mais il est probable que ces deux singularités déraisonnables viennent des compilateurs. L'expression *actio si certum petitur* vient probablement de ce que le texte où Ulpien dit *qui certam pecuniam numeratam petit illa actione utitur*... donnait ensuite la formule et qu'on l'a remplacée par la rubrique de l'édit embrassant les deux *condictiones certae pecuniae* et *triticaria* : *si certum petitur*. Quant aux deux textes qui désignent la *condictio certae pecuniae* du nom de *condictio certi*, ils sont tous deux suspects d'interpolation. Cf. Lenel, *Edictum*, pp. 226-228 (*Edit*, 1, pp. 268-270) ; Pernice, *Labeo*, 3, p. 211, n. 2 ; Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile*, 1, 1896, pp. 73-82.

2. Ainsi en matière de *confessio in jure*, de serment nécessaire. Nous reviendrons sur ce point dans notre livre IV.

3. La formule est, d'après Gaius, 4, 41.50 : *Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oportere judex N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia condemnato, si non paret absolvito*. Il faut probablement intercaler après *sestertium decem milia* les mots spécificatifs nécessaires dans à peu près toutes les formules d'actions personnelles (H. Krueger, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 378-389), *qua de re agitur* (Partsch, *Formules de procédure*, 1909, n° 1, p. 4, n. 1 : *quibus de agitur*).

4. Gaius, 4, 13.171, où l'on remarquera qu'en parlant de *credita pecunia*, il ne fait que désigner notre action par son nom technique. Cela ne prouve donc aucunement que son intervention se limite, comme on l'a dit parfois (Baron, *Condictionen*, 1881, p. 187), au cas où elle serait intentée en vertu de certaines causes.

5. V. sur la restitution de la formule ou des formules, Lenel, *Edictum*, pp. 232-234 (*Edit.*, 1, pp. 276-277).

Enfin, quand la stipulation a pour objet un *incertum*, une valeur indéterminée, un fait ou une abstention, l'action est l'*actio ex stipulatu* qui est également de droit strict et qu'à cause de cela une doctrine vieillie qui confond les actions de droit strict et les *condictiones* appelle *condictio incerti*[1], mais que les textes n'appellent pas de ce nom et qui se distingue de la *condictio incerti* en ce qu'elle indique sa cause, tandis que la *condictio* ne le fait pas, est une action abstraite[2]. Dans cette action, l'*intentio*, qui est au reste précédée d'une *demonstratio* précisant le contrat en vertu duquel on agit, est *incerta* : *Quidquid paret dare facere oportere*[3], ce qui fait qu'il n'y aura pas de *plus petitio*, la *condemnatio* est *incerta*, ce qui donne un pouvoir d'évaluation au juge[4], et il n'y a pas non plus de *sponsio et restipulatio tertiae partis*. C'est l'antithèse de la première. Seulement on remarquera que les parties peuvent, en dépit de la nature intrinsèque de leurs prétentions, faire, pour une créance de somme d'argent, une stipulation de dol, qui fera naître une *actio ex stipulatu* et faire, pour une créance d'*incertum*, une *stipulatio poenae*, qui fera naître une *actio certae creditae pecuniae*.

4. *Jusjurandum liberti. Dictio dotis.* Ces deux formes secondaires[5] du contrat verbal ne diffèrent de la stipulation ni quant aux effets, ni quant à l'origine ; mais elles en diffèrent quant aux formes et à la sphère d'application. Elles ne peuvent émaner que de certaines personnes et elles ne supposent ni l'une ni l'autre d'interrogation préalable[6].

La *dotis dictio*[7], à la différence de la stipulation ordinaire par laquelle

1. Savigny, *Traité*, 5, p. 610.

2. Nous reviendrons plus loin sur le caractère d'action abstraite de la *condictio* ; cf. *N. R. H.*, 1895, p. 410, n. 2. L'action *ex stipulatu* indiquait dans sa formule qu'on agissait en vertu de la stipulation d'un *incertum*, selon Gaius, 4, 136-137 (n. 3) et c'est pour cela que Justinien (*Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, *pr.*) oppose nettement la *condictio*, naissant de la stipulation *certae pecuniae* ou *aliae certae rei*, à l'action *ex stipulatu*, naissant de la stipulation d'un *incertum* : *Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta.* V. aussi *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 24. Cf. Lenel, *Edictum*, § 55. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 201.

3. Gaius, 4, 136 : *Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo : 'Judex esto. Quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est, cujus rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet' et reliqua* ; 4, 137, formules analogues contre les cautions verbales.

4. On peut seulement se demander si cette *condemnatio* n'était pas, comme portent à le penser les actions données en matière de *damnum infectum* par la loi Rubria, 20 (*Textes*, p. 75), accompagnée d'une *taxatio* fixant au juge un maximum pour sa condamnation. En ce sens Lenel, *Edictum*, § 55, *in fine*.

5. Justinien ne cite ni l'une ni l'autre parmi les contrats verbaux. Mais Gaius les y fait figurer toutes deux, ainsi qu'il résulte des fragments déchiffrés de ses *Inst.*, 3, 95. 96, et de l'abrégé de la loi des Wisigoths, *Ep.*, 2, 9, 3 (*Textes*, p. 303, n. 3).

6. Gaius, *Ep.*, 2, 9, 3 : *Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedente interrogatione contrahi possunt.*

7. V., outre les ouvrages généraux sur la dot de Bechmann, *Dotalrecht*, 2 vol.,

une personne se constitue débitrice à titre de constitution de dot, de la *promissio dotis*[1], ne peut émaner que de la femme qui se marie, de son ascendant paternel ou de son débiteur[2]. Elle aurait eu en revanche sur elle une supériorité, si, comme on a conjecturé, elle avait pu intervenir entre absents[3]. En tout cas, elle n'eut plus de raison d'être et tomba en désuétude, quand Théodose et Valentinien eurent fait de la convention de dot un pacte légitime[4].

Le *jusjurandum liberti* peut exclusivement servir à faire naître au profit du patron contre l'affranchi le *judicium operarum* (p. 126). Cette action[5], qui n'est, à notre sens, qu'une variété des actions habituelles produites par le contrat verbal[6], peut être créée par une stipulation ordinaire intervenant après l'affranchissement entre le patron et l'affranchi[7]. Mais on recourt au moins aussi fréquemment à un autre procédé : on fait prêter à l'affranchi deux serments successifs, l'un avant l'affranchissement, l'autre après et, contrairement aux règles générales du droit classique, selon lesquelles le serment ne peut faire naître d'o-

1863, 1867, et de Czyhlarz, *Dotalrecht*, 1870, Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 201-206 ; Bernstein, *Festgabe für Beseler*, 1885, p. 79 et ss. et surtout Ad. Berger, *Dotes dictio w prawie Rzymskiem*, Cracovie, 1910 (résumé en allemand dans le *Bulletin de l'Acad. des Sciences* de Cracovie, 1909).

1. Ulpien, *Reg.*, 6, 1 : *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* (mêmes formules *Reg.*, 11, 20, et dans la constitution de 396, *C. Th.*, 3, 12, *De incest. nupt.*, 3).

2. Ulpien, 6, 2. Gaius, *Ep.*, 2, 9, 3.

3. Térence, *Andr.*, 5, 4, 47, donne la formule : *Dos, Pamphile, est decem talenta. Accipio*, et Donatus, *ad h. l.*, dit que la réponse *accipio* est indispensable. Mais il n'est pas question de cette exigence chez les jurisconsultes et Gaius, 3, 96, dit que la *dictio dotis* a lieu *uno loquente*.

4. *C.*, 5, 11, *De dot. promiss.*, 6. En conséquence les compilateurs du Digeste et du Code ont certainement supprimé la mention de la *dotis dictio* dans de nombreux textes qui, une fois leur destination première établie, se trouvent fournir des informations nouvelles sur les règles qui la régissaient. V. par exemple, *D.*, 25, 3, *De jure dot.*, 25 ; 44, 1 ; 57 ; 76.

5. *D.*, 38, 1, *De operis libertorum*. V. Lenel, *Edictum*, § 140. A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, pp. 79-85. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 700-702. Demelius, *Schiedseid und Beweiseid*, 1887, p. 40 et ss. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'hist. de la procéd. civile*, 1, pp. 144-146 ; Thélohan, *Etudes Girard*, 1, 1913, pp. 355-377. Biondo Biondi, *Judicium operarum*, 1913.

6. La preuve en est qu'elle est indifféremment produite par la stipulation (n. 7) et par le *jusjurandum* (p. 505, n. 1). Mais pourtant elle présentait probablement une singularité qui tient sans doute à la haute antiquité de ce genre de convention. Tandis que la créance des *operae*, étant une créance d'un fait, d'un *incertum*, devrait logiquement faire naître une action *incerta* ayant comme l'action *ex stipulatu* une *intentio* portant les mots *quidquid paret dare facere oportere*, elle paraît bien avoir une *intentio certa* analogue à celle de la *condictio triticaria* portant *si paret decem operas dare oportere* ou quelque chose d'analogue (cf. *D.*, *h. t.*, 8, *pr.* ; 4. *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 54, *pr.*, et Demelius, Pernice, Karlowa, Lenel ; M. Biondo Biondi a même soutenu, *Giuramento decisorio*, 1913, pp. 26-29 et *Judicium operarum*, 1913, en conjecturant une estimation en argent préalable des *operae* non fournies, que le *judicium operarum* sanctionnerait une créance de *pecunia certa*). Cela vient, pensons-nous, de ce qu'à l'époque de sa création le contrat verbal ne faisait pas encore naître d'*actio incerta*.

7. *D.*, *h. t.*, 8, *pr.* ; 15, 1 ; 37, *pr.*

bligation civile, le *judicium operarum* naît alors, — comme il naîtrait au cas de stipulation [1], — du second serment, d'après la doctrine dominante à l'époque classique, du premier, d'après une autre doctrine peut-être plus ancienne [2]. On a donné de cette institution des explications diverses [3]. C'est, à notre sens, simplement une survivance de l'ancien mode de s'obliger par serment qui s'est maintenu dans ce domaine spécial pendant qu'il se transformait ailleurs, un peu comme l'*usucapio pro herede* est devenue une institution originale en conservant les règles qui avaient d'abord été le droit commun de l'usucapion [4].

§ 3. — Contrat littéral.

Le contrat littéral [5] est un contrat formel dont la solennité consiste dans l'usage de l'écriture, dans une inscription faite sur un registre, à peu près indubitablement [6] sur le registre que les Romains désignent du nom de *codex accepti et expensi*, de *tabulae accepti et expensi* et qui contenait des pages distinctes pour les *accepta* et pour les *expensa* [7]. Ce registre était, à notre sens, un livre de caisse [8], sur lequel les citoyens

1. V. notamment, *D.*, *h. t.*, 15, 1 ; 37, *pr.* Cf. Lenel, § 140.

2. V., pour la première opinion, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7, 2 ; pour les deux, Venuleius, *D.*, 40, 12, *De liberali causa*, 44, *pr.* : *Licet dubitatum antea fuit, utrum servus dumtaxat an libertus jurando patrono obligaretur in his quae libertatis causa imponuntur, tamen verius est non aliter quam liberum obligari. Ideo autem solet jusjurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis esse coepissent, jurandi necessitatem haberent.*

3. On dit souvent que c'est parce que le maître ne pouvait obtenir une promesse valable de l'esclave avant l'affranchissement et que l'affranchi pouvait la refuser après. Mais alors il pourrait aussi bien refuser le serment. Cicéron, *Ad Att.*, 7, 2, 8, parle, il est vrai, d'un moyen de contrainte employé par le préteur pour forcer l'affranchi à *eadem jurare* ; mais il aurait alors aussi bien pu contraindre à faire le contrat verbal. On pourrait penser encore à des différences séparant l'action *operarum* de l'action *ex stipulatu* ordinaire. Mais nous avons vu, p. 504, n. 6, que l'action *operarum* naît indifféremment de la stipulation et du serment.

4. L'opinion rapportée par Venuleius, n. 2, selon laquelle l'obligation naîtrait du premier serment, est singulièrement favorable à cette idée.

5. Gaius, 3, 128-134. Cicéron, *Pro Roscio com.* Pseudo-Asconius, *In Verr.*, 2, 1, 60. On trouvera l'analyse de la littérature antérieure à 1873 dans Danz, *Lehrbuch d. Gesch. d. römisch. Rechts*, 2, § 151. V. en outre Gide, *Novation et transport des créances*, 1879, pp. 185-228 ; M. Voigt, *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligationen der Römer*, *Abhandlungen* de Leipzig, 1887, et la réfutation de Niemeyer, *Z. S. St.*, 13, pp. 312-320 ; Cuq, *Institutions*, 1, pp. 217-220 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 746-757.

6. La doctrine de M. Voigt, selon laquelle il aurait été inscrit sur un *codex rationum domesticarum* distinct du *codex accepti et expensi*, n'est commandée par aucun texte et elle rend incompréhensible le passage des mentions probatoires aux mentions génératrices d'obligations.

7. Pline, *N. H.*, 2, 7, 22 : *Huic* (*Fortunae*) *omnia feruntur accepta : et in tota ratione mortalium sola utramque paginam facit.* Cf. sur l'antiquité du *codex*, Karlowa, p. 747.

8. Une autre doctrine le considère comme un livre de compte-courant dans lequel les deux pages se rapporteraient non pas aux fonds entrés dans la caisse et sortis de la caisse, mais aux créances et aux dettes envers les tiers. V. en sens contraire Cicéron, *In Verr.*, 2, 2, 76, 187 et *D.*, 2, 13, *De ed.*, 6, 6 ; 10, 2, avec le commentaire de Mitteis, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 258-259.

inscrivaient leurs recettes et leurs dépenses, leurs entrées et leurs sorties de numéraire, à intervalles périodiques, habituellement tous les mois[1] en les copiant d'un livre-journal appelé les *adversaria*[2]. Le chef de famille[3] y inscrivait, ordinairement en spécifiant le nom de la personne et la cause de l'opération[4], à l'une des pages, les *expensa*, les sorties de numéraire faites à un titre quelconque, que ce fût par exemple pour payer une dette à l'un de ses créanciers, pour faire un prêt à quelqu'un ou pour constituer une dot à l'une de ses filles, à l'autre page, les *accepta*, les rentrées de numéraire venues à un titre quelconque, de personnes quelconques, que ce fût par exemple à raison d'un prêt qui lui était fait, d'une créance qui lui était remboursée, ou d'une constitution de dot provoquée par son mariage ou par celui d'un de ses fils. Et en conséquence, le *codex*, quand il était bien tenu, donnait un tableau clair et exact de l'état de la caisse de celui à qui il appartenait. Mais les inscriptions qu'il contenait ne constituaient pas plus des contrats que celles faites aujourd'hui par nos commerçants sur leurs livres de caisse. Elles donnaient les noms de ceux qui avaient reçu de l'argent de la caisse ou qui en avaient versé à la caisse. Elles constataient des obligations, quand les mouvements de fonds se rapportaient à des contrats, par exemple à des contrats de prêt qui donnaient lieu à une mention, à la colonne des dépenses, sur le registre du créancier (*expensum ferre*, *expensi latio*) et à une mention inverse, à la colonne des recettes, sur le registre du débiteur (*acceptum ferre*, *accepti latio*). Elles ne les créaient pas.

Seulement, à la différence de nos livres de caisse qui ne peuvent servir à autre chose, les registres romains ont fini par servir à créer des obligations ; ils peuvent, depuis une certaine époque, contenir, à côté des *nomina arcaria* qui ne sont que la constatation d'obligations préexistantes[5], des *nomina transscripticia*, sans doute in-

1. C'est le délai indiqué par de nombreux passages de Cicéron, *Pro Roscio*, notamment 3, 8 : *Cum omnes qui tabulas conficiant menstruas poene rationes in tabulas transferant* ; v. aussi Cornelius Nepos, *Atticus*, 13. Cf. cependant sur d'autres délais Pétrone, 53, et Karlowa, p. 747.

2. Le caractère des *adversaria*, attesté notamment par le *Pro Roscio*, est incontesté. Il faut encore distinguer des *adversaria* et du *codex accepti et expensi* le *kalendarium*, carnet de comptes sur lequel on écrivait ses échéances d'intérêts mensuels à percevoir. Cf. p. 526, n. 1.

3. Cicéron, *Pro Caelio*, 7, 17 : *Tabulas qui in patris potestate est nullas conficit*.

4. Cf. Velius Longus, éd. Keil, p. 60 : *Quotiens acceptum referebant, non dicebant a Longo, sed af Longo*. Peut-être *In Verr.*, 2, 4, 6, 12. Les *pecuniae extraordinariae*, mentionnées par exemple par Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 39, 102, étaient, croyons-nous avec Karlowa, p. 749, les recettes ou les dépenses pour lesquelles manquait l'une ou l'autre de ces mentions.

5. Gaius, 3, 131 : *Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur. In his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia ; numeratio autem pecuniae re facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere*.

ventés à l'imitation des *nomina arcaria*, qui sont la source d'obligations nouvelles. Ce sont ces *nomina transscripticia*, qui constituent le contrat littéral, introduit à Rome longtemps avant la fin de la République[1], peut-être à la suite de la loi Poetelia Papiria sur le *nexum*[2], et disparu avec le *codex* dans le cours de la période impériale[3].

1. *Formation du contrat.* Les *nomina transscripticia* qui peuvent, selon Gaius[4], intervenir soit pour mettre un nouveau débiteur à la place d'un ancien (*transscriptio a persona in personam*)[5], soit pour remplacer une obligation née d'une autre source par une obligation littérale (*transscriptio a re in personam*)[6] et qui peuvent aussi le faire, croyons-nous, en vertu d'arguments de textes et de raison, pour créer directement une obligation nouvelle en transformant un simple pacte en contrat[7], se constituent à l'aide du *codex*, dans des formes qui ne

1. On considère assez habituellement son existence comme établie en 561, par la relation faite par Tive-Live, 35, 7, d'une fraude qui consistait à éluder les lois sur l'usure en transportant par un jeu d'écritures les créances sur la tête des pérégrins. Mais il faudrait alors admettre (comme le fait au reste M. Cuq, p. 218, n. 8), que ces pérégrins auraient pu devenir créanciers par contrat littéral. Nous croyons plus prudent de voir là, avec M. Karlowa, une simple comptabilité fictive. Au contraire le contrat littéral apparaît, à l'époque de Cicéron, comme une institution ancienne et depuis longtemps développée.

2. Cette idée s'appuie, encore plus que sur la terminologie du contrat littéral (qui est assurément parallèle à celle du *nexum*, mais qui n'est que celle du *codex*), sur la manière remarquable dont le contrat littéral se trouve, surtout depuis que le *nexum* ne fait plus naître la *manus injectio*, remplacer le vieux contrat également inaccessible aux pérégrins, également restreint aux dettes d'argent, également impropre à l'apposition d'une condition. De même que la pesée avait paru une gêne depuis la création de la monnaie fondue par l'Etat et avait été déclarée superflue par les XII Tables (p. 488, n. 2), le cérémonial du *nexum* lui-même a dû sembler bientôt un embarras et on aura trouvé, pour s'en passer, l'expédient consistant à attester par des écritures mensongères cette même pesée dont il était la simulation matérielle.

3. Gaius en parle encore au présent. Mais la désuétude est signalée comme ancienne, dès avant Justinien. *Inst.*, 3, 21, *De litt. obl.*, *pr.*, par le faux Asconius, *In Verr.*, 2, 1, 23, 60. C'est un point controversé de savoir s'il existe encore au temps des Sévères, au profit des banquiers chez lesquels se maintient naturellement l'usage des livres de caisse (Paul, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 9 ; *D.*, 4, 8, *De recept.*, 34).

4. Gaius, 3, 128.

5. Gaius, 3, 130 : *A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi.*

6. Gaius, 3, 129 : *A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.*

7. On invoque dans ce sens un texte de Val. Max., 8, 2, 2, où l'on voit une *donatio mortis causa* réalisée par une inscription sur le livre du donataire faite du consentement du donateur : *C. Visellius Varro... trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensi... expensa ferri sibi passus est* (cf. en sens contraire Mitteis, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 259-260). Cela résulte surtout, à notre avis, de ce que la *transscriptio a re in personam* faite à la suite d'une vente, d'un louage, d'un contrat de société qui remplaçait une obligation antérieure par une obligation nouvelle depuis la reconnaissance des contrats consensuels de vente, de louage et de société, ne pouvait auparavant éteindre une obligation qui n'était pas encore admise par le droit et ne faisait donc que créer une obligation nouvelle, que transformer un pacte en contrat.

nous sont point parfaitement connues. Gaius parle à plusieurs reprises de la formation du contrat par une *expensilatio* du créancier [1]. Mais on s'est demandé si c'était la seule formalité employée et si par exemple il ne fallait pas en outre soit une mention corrélative sur le registre du débiteur, soit quelqu'autre mention sur le registre du créancier.

Suivant la conjecture qui est la plus répandue et qui nous paraît, dans l'ensemble, la moins invraisemblable, le contrat littéral se forme par une double mention faite par le créancier, sur son registre, du consentement du débiteur. Pour faire naître la créance à son profit, comme s'il y avait eu une sortie de fonds réelle, il inscrit, à la colonne des dépenses, un déboursé qu'il n'a pas fait (*expensum centum*) ; mais, pour que son livre de caisse reste exact, il inscrit, à la colonne des recettes, une rentrée de fonds symétrique qui n'a pas eu lieu davantage (*acceptum centum*). Et par la vertu de ces deux mentions, ainsi transportées d'une colonne à l'autre (*transscriptio, nomen transscripticium*), il se trouve avoir éteint la créance ancienne, quand il en existait déjà une, et avoir, qu'il existât ou non une créance ancienne, créé une obligation nouvelle [2].

1. Gaius, 3, 129 (p. 507, n. 6). 130 (p. 507, n. 5). 137 (p. 510, n. 2). 138 (p. 510, n. 1). Voir aussi Val. Max., p. 507, n. 7.

2. Pour la *transscriptio a re in personam*, le créancier inscrivait d'abord à la colonne de l'*acceptum*, afin de libérer le débiteur, par exemple l'acheteur de l'obligation de payer le prix : *Acceptum a Titio ex vendito centum* ; puis à la colonne de l'*expensum*, il écrivait, afin de créer la nouvelle créance : *Expensum Titio centum*. De même en matière de *transscriptio a persona in personam*, il écrivait à la colonne de l'*acceptum* : *Acceptum a Titio centum* et à celle de l'*expensum* : *Expensum Maevio centum*. Il en était, à notre sens, exactement de même au cas où le contrat servait à faire naître une obligation nouvelle, en matière de donation, à l'époque classique, comme en matière de vente avant l'introduction des contrats consensuels : le donataire, le vendeur écrivait à la première colonne : *Acceptum a Titio centum*, comme s'il avait reçu l'argent comptant et à la seconde : *Expensum Titio centum*, ce qui faisait naître l'obligation *litteris*. Ce système d'après lequel le contrat littéral implique une double mention fictive sur le registre du créancier a, dans ses traits essentiels, été exposé pour la première fois par Keller, *Iahrbücher* des frères Sell, 1841, pp. 93-115 ; *Institutionen*, 1861, pp. 102-111. Il est resté depuis le plus répandu. Il s'appuie d'abord sur un témoignage positif de Cicéron, *Pro Rosc. com.*, 3, 8 : *In codicem acceptum et expensum referri debuit* (cette lecture du texte est attestée par les mss. et n'a été contestée que par l'ignorance des anciens éditeurs), ensuite et surtout sur ce que le livre ne serait plus juste comme livre de caisse si les mentions fictives qu'on y fait n'étaient pas opérées de manière à se neutraliser. La seule difficulté sérieuse qu'il rencontre est dans certains textes qui paraissent admettre que le contrat littéral peut être inscrit sur les *codices* de tiers appelés *pararii* (Cicéron, *Ad Att.*, 4, 17 [18], 2 ; Sénèque, *De ben.*, 2, 23 ; 3, 25). Cependant il n'est pas impossible de l'écarter, par ex. en admettant que les *pararii* sont les débiteurs successifs de *transscriptiones a persona in personam* qui les inscrivent sur leurs livres en même temps que le créancier le fait sur le sien, comme ce serait au moins fort naturel dans le cas de Cicéron, *Ad Att.*, 4, 17, où il s'agit de prête-noms destinés à masquer une dette des candidats au consulat envers les consuls en fonctions (cf. Karlowa, p. 752) ; par ex. encore en remarquant que des inscriptions peuvent être faites sur des livres sans être des contrats littéraux et que M. Mitteis a

Quant au débiteur, il est assez naturel que, de même qu'il inscrit sur son livre les recettes réelles, les *nomina arcaria*, il y ait aussi inscrit la recette fictive qui est la base du contrat littéral, en ayant au reste toujours soin de neutraliser cette mention d'une recette qui n'a pas eu lieu par la mention respective à l'autre colonne d'une dépense mensongère égale. Mais on admet aujourd'hui généralement que cela n'est pas nécessaire à la formation du contrat [1].

2. *Sphère d'application.* Le contrat littéral est, par la nature même de son mode de formation, enfermé dans un domaine assez étroit. Se faisant par une inscription sur un registre qui n'appartient qu'aux citoyens, il se trouve en principe fermé aux pérégrins, qui ne peuvent devenir créanciers par ce mode, parce qu'ils n'ont pas de registres où faire la *transscriptio*, et qu'on considérait même originairement comme incapables de s'obliger par lui, peut-être parce qu'à l'origine, où l'on devait copier le plus rigoureusement possible les *arcaria nomina* dans les *nomina transscripticia*, le débiteur inscrivait lui-même l'opération sur son livre : on a toujours continué à les considérer comme incapables de s'obliger par là à la place d'autrui ; mais les Sabiniens proposèrent de leur permettre de le faire par *transscriptio a re in personam* [2]. Étant assis sur la fiction d'un prêt, il comporte bien sans doute un terme, mais il exclut la condition [3]. Enfin, étant fait par une inscription sur un livre de caisse, il ne peut, dans les deux fonctions que nous lui avons

démontré, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 230-241, que l'emploi des banquiers comme intermédiaires dans les actes juridiques n'était pas plus inconnu à Rome qu'en Egypte ou en Grèce ; par ex. enfin en admettant avec une idée logique, mais plus aventureuse du même auteur, pp. 242-243, que les *nomina transscripticia* pourraient, comme les opérations mêmes dont ils sont le simulacre, être inscrits sur les registres des banquiers pris pour intermédiaires. En tout cas, ce système nous paraît bien préférable à une autre doctrine, appuyée principalement sur la paraphrase des *Inst.* attribuée à Théophile, 3, 21, selon laquelle la *transscriptio* serait la répétition, à un nouvel endroit du *codex*, du contrat qui y a déjà été inséré une première fois. Le témoignage de la paraphrase, qu'il faudrait alors prendre tout entier, atteste précisément l'ignorance où son auteur était de notre contrat ; car il suppose que cette copie a lieu sur une interrogation du créancier et une réponse du débiteur, que, par conséquent, le contrat littéral a lieu entre parties présentes tandis que sa grande utilité est de pouvoir intervenir entre absents (p. 510, n. 1).

1. On a autrefois beaucoup défendu la nécessité d'une mention faite sur le registre du débiteur en faisant plus ou moins explicitement une confusion entre la question de preuve et la question de formation du contrat et en partant de l'idée qu'il n'y a que la mention faite sur ce registre de probante. Aujourd'hui cette opinion est à peu près abandonnée. Elle est contraire au langage de Gaius, 3, 137 (p. 510, n. 2), qui ne parle que du registre du créancier et à tout le système de défense de Cicéron, *Pro Roscio com.*, qui, plaidant pour un individu poursuivi par l'*actio certae creditae pecuniae*, discute longuement si l'inscription sur les *adversaria* du créancier peut tenir lieu de celle qui manque sur son *codex*, sans faire une allusion à la nécessité de sa présence sur celui du débiteur.

2. Gaius, 3, 133.

3. L'admissibilité du terme paraît établie par Cicéron, *Ad fam.*, 7, 23 ; l'insertion de la condition est exclue, à peine de nullité, par Papinien, *F. V.*, 329.

reconnues et qui sont, croyons-nous, les seules qu'il ait eues, s'appliquer qu'à des créances de sommes d'argent. Il est donc, sous tous ces rapports, singulièrement inférieur au contrat verbal, qui peut intervenir entre toutes personnes, qui comporte toutes les modalités, à la fois le terme et la condition, qui peut avoir pour objet toutes les prestations possibles, qui peut aussi bien servir à mettre un nouveau créancier ou un nouveau débiteur à côté des anciens qu'à transformer une obligation préexistante ou à créer une obligation nouvelle. Pour balancer toutes ces infériorités, il a un avantage, qui lui a permis de subsister à côté du contrat verbal et sans doute de supplanter le *nexum* : c'est le seul contrat formel qui puisse se faire entre absents [1].

3. *Effets.* Le contrat littéral, étant, comme tous les contrats formels, un contrat unilatéral [2] et de droit strict et ne pouvant avoir pour objet que de l'argent, il avait toujours pour effet de faire naître une action de droit strict en paiement de cette somme d'argent, action dont la formule était, sous la procédure formulaire, celle de l'*actio certae creditae pecuniae* [2], mais qui, sous les Actions de la loi, s'intentait probablement depuis la loi Silia par la *legis actio per condictionem* et auparavant par la *legis actio sacramenti in personam.*

4. *Chirographum, syngrapha* [4]. Gaius, apès avoir rapporté que les pérégrins ne peuvent,en principe,s'obliger par les *nomina transscripticia*, ajoute que pourtant ils semblent être obligés *litteris* (*litterarum obligatio fieri videtur*) à la suite d'actes qui leur sont propres et que leurs noms mêmes indiquent appartenir au droit national des pérégrins de langue grecque : les *chirographa* et les *syngraphae* [5]. Ces deux sortes d'actes ont sans doute différé matériellement par des caractères que Gaius

1. Gaius, 3, 138 : *Absenti expensum ferri potest.* Ce texte est peut-être une glose du ms. de Vérone, étrangère au texte original de Gaius. Mais cela n'enlève que peu à son autorité, les renseignements ainsi ajoutés au corps de Gaius appartenant cependant à une source ancienne et digne de foi.

2. Gaius, 3, 137, par opposition aux contrats consensuels : *Cum... in nominibus alius expensum ferendo obligat, alius obligetur.*

3. Cf. Cicéron, *Pro Roscio*, 5, 14 : *Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.*

4. Cf. R. Gneist, *Die formellen Verträge des neueren römisch. Obligationenrechts*, 1845, pp. 321-514 ; Dareste, Haussoullier, Reinach, *Inscriptions juridiques grecques*, I, pp. 297-300. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, pp. 459-498 ; *Grundzüge*, pp. 53-56. 116-117 et les renvois.

5. Gaius, 3, 134 : *Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat ; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.* On joint toujours à ce texte celui du faux Asconius, *In Verr.*, 2, 1, 36, 91 (éd. Stangl, 1912, p. 244) : *Inter syngraphas et cetera chirographa hoc interest, quod in ceteris tantum quae gesta sunt scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit* (Stangl : *convenit* ?). *Et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata pro temporaria voluntate hominum scribi solent, more institutoque Graecorum. Et ceterae tabulae ab una parte servari solent, syngraphen utriusque manu signatam utrique parti servandum tradunt.*

n'indique pas [1]. On discute sur eux, si ce sont de simples titres probatoires constatant simplement des conventions déjà obligatoires par elles-mêmes en vertu du droit grec ou si soit les deux, soit au moins les *syngraphae*, ne sont pas de véritables contrats formels. La première opinion est celle qui s'accorde le plus littéralement avec le texte de Gaius ; la seconde s'appuie moins sur un témoignage d'une source médiocre que sur certains monuments concrets de la pratique grecque [2]. Il faut, en tout cas, remarquer que, s'il y avait eu là un contrat formel propre aux pérégrins de race hellénique, il aurait disparu avec la constitution de Cararalla conférant la cité à ces pérégrins [3].

5. *Droit de Justinien* [4]. Justinien affirme, dans ses Institutes, qu'il existe, à son époque, une obligation littérale : celle produite par un titre qui constate mensongèrement un prêt et dont la sincérité ne peut plus être contestée parce que le délai de la *querela non numeratae pecuniae* est expiré (p. 515). On admet aujourd'hui assez habituellement, avec raison à notre sens, qu'il fait là une confusion entre la formation de l'obligation et sa preuve et que même il la fait probablement d'une façon consciente, afin de pouvoir conserver, malgré la disparition du *codex*, la division des obligations contractuelles en obligations nées *re*, *verbis*, *litteris et consensu* [5].

1. D'après les monuments concrets aujourd'hui connus, leur différence se rapporte notamment à ce qu'ils appartiennent aux deux types d'actes opposés, p. 68, n. 1, 2°, *in fine*. Les premiers sont rédigés dans la forme d'une reconnaissance émanant de celui à qui elle doit être opposée (p. 513, n. 1). Les seconds sont des actes rapportant impersonnellement les déclarations d'une ou plusieurs parties et certifiés par des témoins, qui sont dressés en double original intérieur et extérieur, qui portent sur l'exemplaire extérieur les sceaux des parties et des témoins, et qui étaient, au moins jusqu'à une certaine époque, remis à la garde du premier des témoins. V. Mitteis, *Grundzüge*, pp. 53-56.Cf. P. M. Meyer, *Klio*, 6, 1906, pp. 420-465 ; Bry, *Vente dans les papyrus*, thèse Aix, 1909, pp. 61 et ss., 77 et ss.

2. Le faux Asconius le dit p. 510, n. 5, pour les *syngraphae*, dans lesquelles, en partant de là, une doctrine qui remonte à Saumaise voyait un véritable contrat formel obligeant sans cause. Mais cette doctrine pouvait sembler réfutée par le livre de Gneist qui avait entrepris de démontrer que ces noms désignaient seulement des titres probatoires et dont les conclusions ont notamment été admises par Savigny, *Vermischte Schriften*, 1, 1850, p. 236 et ss., Voigt, *Jus Naturale*, 2, 1858, p. 419, Gide, *Novation*, p. 219. Cependant il paraît bien résulter en particulier des recherches de M. Mitteis que le droit hellénique a connu des actes écrits rentrant dans le type des συγγραφαί et obligeant des personnes par l'allégation d'une numération d'espèces qu'elles n'avaient pas reçues, à la façon donc du *nexum* et du contrat littéral (v. par ex. l'engagement des cautions de l'emprunt d'Orchomène, lignes 78 et ss., *Inscr. juridiques grecques*, 1, pp. 280.509 ; Demosthènes, *C. Timoth.*, 12, et Mitteis, *Reichsrecht*, p. 470 et ss., et *Grundzüge*, pp. 116-117, où l'on trouvera une bibliographie complète). Cela prouverait sinon que les *syngraphae* étaient toujours des contrats formels, au moins qu'elles pouvaient en contenir, et M. Mitteis admet la même solution pour les *chirographa*, en vertu du texte, à notre avis plutôt contraire, de Gaius.

3. M. Mitteis le spécifie lui-même, pp. 486-492.

4. *Inst.*, 3, 21, *De litterarum obligatione*. Cf. Gneist, *Die formellen Verträge*, pp. 319-410.

5. L'existence d'une obligation littérale produite sous Justinien par le billet où

§ 4. — *Querela non numeratae pecuniae.*

La théorie de la *querela non numeratae pecuniae* [1] est un développement de la théorie de la cause, propre aux obligations dont la cause était un prêt d'argent.

L'emprunteur d'argent qui, comme il était dans les habitudes romaines, s'était engagé par contrat verbal envers le capitaliste et qui se trouvait l'avoir fait sans cause, en vue d'un prêt qui ne s'était pas réalisé, n'en était pas moins tenu d'après le système du droit civil (p. 465, n. 1) : mais il pouvait, avons-nous vu (p. 466), dès l'époque classique, invoquer le défaut de cause de son engagement, soit, quand il était poursuivi, en opposant l'exception de dol pour obtenir son absolution, soit, dès auparavant, en prenant les devants et en intentant une *condictio sine causa* pour obtenir sa libération ; seulement il ne triomphait, dans un cas ou dans l'autre, qu'en prouvant le défaut de cause de l'obligation, le défaut de numération des deniers. En l'absence de contrat verbal, il n'était tenu qu'en vertu de la numération des deniers, faute de laquelle le contrat non formel de *mutuum* ne naissait pas ; mais, à partir d'une certaine époque [2], on vit s'introduire dans l'empire l'usage de titres probatoires empruntés à la pratique hellénique dans lesquels

le débiteur reconnaît faussement avoir reçu un prêt (*cautio*, *chirographum*) a particulièrement été défendue par les auteurs anciens qui voyaient dans les *chirographa* et les *syngraphae* helléniques des contrats littéraux pérégrins. L'institution du *chirographum* n'a fait, disent-ils, que passer du droit provincial dans le droit commun de l'empire (v. encore, en ce sens, Petit, nº 344). Mais sur ce point, la réfutation de Gneist reste toujours intacte. Ainsi qu'a pris soin de le remarquer M. Mitteis, il est certain, quelle qu'ait été la nature première du *chirographum* hellénique, que le *chirographum* romain est, au temps de Justinien comme avant, un titre probatoire et non pas une source d'obligation littérale, et il est certain qu'il n'y a pas d'obligation naissant *litteris* sous Justinien. La preuve du premier point est dans les textes qui disent que les pactes constatés dans un *chirographum* restent des pactes dénués d'action au lieu de se transformer en contrats obligatoires (v. par ex. pour la convention de rendre des deniers prêtés à autrui, Dioclétien, *C.*, 4, 2, *Si cert. pet.*, 14 ; pour la convention d'intérêts, *C.*, *h. t.*, 6, et les autres textes cités par Gneist, p. 362 et ss.). La preuve du second est dans le soin méthodique avec lequel les compilateurs du Digeste y ont effacé toutes les mentions des obligations nées *litteris* (v. par ex. Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 1, 1, rapproché de Gaius, 3, 89, et les nombreux textes cités par Gneist, p. 372, n. 12). La force de ces deux arguments convergents ne nous paraît pas avoir été détruite par MM. Ferrari, *Atti dell'Istituto Veneto*, 69, 2, 1910, pp. 1195-1212, et Collinet, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, 1912, pp. 59-84, dont la doctrine aboutit toujours à voir un contrat littéral chez Justinien, *Inst.*, 3, 21. Elle exclut, nous semble-t-il, également la doctrine un peu différente de M. J. Binder, *Studi Brugi*, 1910, pp. 339-363.

1. *C.*, 4, 30, *De non numerata pecunia.* Cf. R. Gneist, *Die formellen Verträge*, pp. 7-210. 233-318. Huschke, *Römische Lehre von Darlehn*, 1882, pp. 91-148. A Pernice, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 273-297. Frese, *Z. S. St.*, 18, 1897, pp. 267-276. et les renvois.

2. La difficulté n'a pas pu se produire, tant que les actes ont été dressés dans la première forme indiquée, p. 68, n. 1, *in fine*.

c'est celui-là même à qui l'acte doit être opposé, qui l'écrit [1], et, quand l'emprunteur avait souscrit une pareille reconnaissance, il se trouvait, même en l'absence de contrat verbal, dans une situation très analogue à celle du promettant qui s'était engagé sans cause : il pouvait comme lui refuser de payer quand on le poursuivait ou, en prenant les devants, demander la restitution du billet, mais refuser de payer en prouvant que, contrairement à l'assertion du billet, il n'avait pas reçu les deniers, mais réclamer le billet en prouvant qu'il l'avait remis sans cause.

La situation de la personne qui s'est ainsi engagée par un contrat verbal ou qui a ainsi reconnu avoir reçu les deniers et qui ne les a pas reçus, par exemple au cas d'ouverture de crédit qui ne s'est pas réalisée, ou qui ne les a pas reçus en totalité, par exemple au cas d'intérêts usuraires retenus par le créancier sur le capital versé, a paru, à un certain moment, appeler l'intervention de l'autorité. L'autorité est intervenue pour renverser la preuve, pour décider précisément que le débiteur contre lequel il existe un billet mentionnant soit une numération (*mutuum*), soit, comme il est infiniment plus fréquent, une numération suivie de stipulation, pourra, par la simple négation, forcer le créancier à établir par des preuves indépendantes le versement intégral des deniers.

C'est une innovation qui a été faite par des constitutions impériales dans des circonstances discutées [2], de laquelle les premiers vestiges absolument sûrs appartiennent au temps d'Antonin Caracalla [3], qui n'a peut-être pas été réalisée d'un seul coup, qui peut par exemple fort bien n'avoir été d'abord appliquée qu'aux procès tranchés *extra ordinem* et ne s'être généralisée qu'avec la disparition de la procédure formulaire [4]. Désormais le souscripteur du billet a, pour se plaindre de n'avoir

1. Ce type d'actes apparaît, à notre sens, pour la première fois dans les rapports entre citoyens, dans les quittances de Pompéi, au milieu du Ier siècle (*Textes*, pp. 861-862) ; il se rencontre ensuite, au IIe siècle, dans quelques-uns des titres de Transylvanie, dans des contrats de louage de service, *Textes*, p. 855, et un contrat de prêt rédigé en grec, *Textes*, p. 858. Il devient très fréquent dans les compilations juridiques, à partir du IIIe siècle (v. par ex. Paul, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 40 ; Modestin, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 41, 2) et il prévaut absolument dans la période postclassique. Cf. Brunner, *Zur Gesch. der Urkunde*, 1. 1880, pp. 44-50. Huschke, *Darlehn*, pp. 94-101. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 493, n. 3.

2. Cf. sur les raisons politiques possibles de la réforme, Monnier, *N. R. H.*, 1900, pp. 171-176.

3. Le système est déjà mentionné, *C.*, *h. t.*, 1, dans une constitution de 197 de Sévère et Caracalla ; mais le rapprochement d'une autre version de la même constitution rapportée *C.*, 8, 32 (33), *Si pign. conv.*, 1, prouve que c'est par une interpolation. Le premier texte sûr exprimant le système nouveau est la constitution de Caracalla, *C.*, *h. t.*, 3, de l'an 215 (p. 514, n. 2).

4. Cette opinion, développée par M. A. Pernice, concorderait bien avec la terminologie des constitutions de la matière, avec le nom même de *querela* donné au moyen ; elle aurait aussi l'avantage de supprimer la difficulté qu'il y aurait à comprendre l'insertion dans une formule d'une exception dont la preuve n'incomberait pas au défendeur ; enfin, elle expliquerait pourquoi cette réforme importante n'est jamais rattachée à un acte législatif précis.

pas reçu les deniers, la *querela non numeratae pecuniae*[1]. Il peut, comme les moyens précédents, la faire valoir, à son gré, ou sur les poursuites ou auparavant : ou bien en opposant au moment des poursuites une exception, dérivée de l'ancienne exception de dol nécessaire au cas tout à fait habituel de billet constatant un *mutuum* accompagné de stipulation, l'exception *non numeratae pecuniae*[2] ; ou bien en réclamant le billet par une action qu'on désigne encore du nom de *condictio*[3] ; ou bien enfin en déclarant tout simplement le renier par une protestation adressée à l'adversaire ou au magistrat dont l'existence est attestée dès le IIIe siècle (*contestatio*)[4]. Et, qu'il prenne l'un ou l'autre des trois procédés, sa simple déclaration aura pour effet de mettre le créancier dans la nécessité de prouver par d'autres voies qu'il a versé les deniers et qu'il les a versés intégralement.

Mais cet avantage considérable est accompagné d'un inconvénient. D'après le droit antérieur, l'emprunteur, qui devait faire sa preuve pour ne pas payer, pouvait la faire, à toute époque, soit comme demandeur, en intentant la *condictio*, soit comme défendeur, par l'exception, au cas de stipulation ; sans exception, au cas de *mutuum*. Désormais, en invoquant le système de la *querela*, il force le prétendu prêteur à faire la preuve de la numération par d'autres voies. Mais il ne possède la *querela* ni dans une fonction ni dans l'autre que pendant un certain délai depuis la date véritable du billet. Au bout de ce délai, auquel la première allusion se trouve dans une constitution d'Alexandre Sévère de 228 (p. 515, n. 1), qu'une autre constitution de Dioclétien nous apprend avoir été d'un an avant lui et avoir été porté par lui à cinq ans[5], le débiteur ne peut plus ni opposer l'exception, ni demander sa libération. Le second aveu résultant de son inaction confirme le premier résultant de son contrat

1. Cf. sur le sens de l'expression, Gneist, pp. 63-89.

2. *C.*, *h. t.*, 3 : *Exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam : quo non impleto absolutio sequetur*. Le texte, qui est le plus ancien parlant sûrement du nouveau système, est aussi le seul à parler d'exception de dol. L'exception de dol est ensuite partout remplacée par l'*exceptio non numeratae pecuniae*, qu'on représente comme toujours nécessaire, tandis qu'antérieurement il n'y avait pas rationnellement besoin d'exception pour les titres constatant un *mutuum* sans contrat verbal ; c'est sans doute parce qu'en pratique les titres constataient toujours les deux.

3. *C.*, *h. t.*, 7 : *Per condictionem obligationem repetere... potestis*. *C.*, 4, 9, *De cond. ex lege*, 4 : *Reddi tibi cautionem praesidiali notione postulare potes*.

4. Ce moyen a été réorganisé par Justinien, *C.*, *h. t.*, 14, 4. Mais il est déjà fait allusion à la *contestatio* dans une constitution d'Alexandre Sévère de 228, *C.*, *h. t.*, 8, 1 ; elle est expressément visée par Dioclétien, *C.*, *h. t.*, 9 : *In testando juri paritum sit* ; *C.*, 4, 9, *De cond. ex lege*, 4 : *Habitam contestationem monstrando*, et elle est aussi mentionnée, en 421, par Théodose, Honorius et Constance, *C. Th.*, 2, 27, *Si cert. pet. ex chir.*, 1, 4.

5. *C.*, *Herm.*, *De caut. et non num. pec.* (Krueger, *Coll. libr.*, 3, p. 234) : *Exceptionem non numeratae pecuniae non anni sed quinquennii spatio deficere nuper censuimus*.

ou de son écrit et ne peut plus être écarté par la preuve contraire [1] : la seule ressource serait, par exemple pour un débiteur mineur, l'*in integrum restitutio*.

Ce système s'est maintenu, en somme, dans ses grands traits, jusqu'à Justinien ou tout au moins jusqu'à son père adoptif Justin. Il a au contraire été remanié assez profondément par Justin et surtout par Justinien. Ils en atténuèrent la rigueur sous certains rapports, Justin en décidant, contrairement à une pratique abusive antérieure, qu'il ne s'appliquerait pas quand la *cautio* serait une *cautio discreta*, c'est-à-dire un billet clair indiquant qu'il est fait à raison d'une cause passée [2], Justinien en réduisant à deux ans le délai dans lequel la *querela* pourrait être intentée [3] et en punissant de la peine du double celui qui s'en serait servi à tort [4]. Mais, à l'inverse, Justinien en a augmenté la portée en décidant que le délai ne courrait pas contre les mineurs [5] et surtout en en élargissant le champ d'application : il l'a d'abord étendue, probablement en partant d'une pratique antérieure, des prêts d'argent aux prêts de toutes autres choses (*aliae res*), dit-il, peut-être en réalité seulement aux prêts de denrées [6] ; ensuite il l'a étendue du cas de prêt à deux autres situations juridiques qui lui semblaient présenter des risques analogues : au cas de l'individu qui a reconnu avoir reçu un paiement et auquel il donne, s'il a gardé son titre, pour contester cette quittance pendant trente jours une voie de droit analogue à la *querela* [7] ; au cas de l'individu qui a reconnu avoir reçu une dot et à qui il donne, pour le contester, la *querela* après la dissolution du mariage dans certaines conditions de délai qui ont été compliquées par le droit des novelles [8].

SECTION III. — Contrats réels.

Les contrats qui se forment *re* sont, d'après Justinien [9], le *mutuum*,

1. Alexandre Sévère, *C.*, *h. t.*, 8, 2 : *Sin vero legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres ejus, et si pupillus sit, debitum solvere compelletur*.
2. C'est là, croyons-nous, le sens de ce texte controversé, *C.*, *h. t.*, 13, qui déclare réagir contre une pratique antérieure, mais dont, sous ce rapport, la solution était déjà donnée par Alexandre Sévère, *C.*, *h. t.*, 5, et qui a lui-même provoqué l'interpolation de Paul, *D.*, 22, 3, *De probat.*, 25, 4.
3. *C. h. t.*, 14, *pr.*
4. Nov. 18, c. 8.
5. *C.*, 2, 40 (41), *Ex quibus causis*, 5.
6. *C.*, *h. t.*, 14, *pr.*
7. *C.*, *h. t.*, 14, 1.2.
8. *C.*, 5, 15, *De dote cauta non numerata*, 3. La constitution décidait que le mari pourrait à la dissolution du mariage contester pendant un an le reçu de la dot donné par lui. Mais elle fut compliquée par la novelle 100 : depuis cette novelle, il n'a plus ce droit pendant un an que si le mariage a duré deux ans au plus ; il l'a pendant trois mois, si le mariage a duré plus de deux ans et moins de dix ; il ne l'a pas du tout, si le mariage a duré dix ans.
9. *Inst.*, 3, 14, *Quibus modis re contrahitur obligatio*.

le dépôt, le commodat et le gage ; et on peut, à notre sens, y joindre la fiducie dont la fonction juridique est analogue à celle des trois derniers.

Leur trait commun à tous est que, pour leur formation, il faut, outre l'élément intentionnel, la convention, un élément matériel, la *res*, une remise d'une chose corporelle. Seulement dans le *mutuum*, prêt de consommation, qui est le plus ancien de ces contrats, le seul de droit strict, cette remise est un transfert de propriété fait à un individu qui reçoit des choses pour les consommer à charge de rendre des choses de pareilles quantité et qualité. Dans les autres, celui qui reçoit une chose la reçoit à charge de la rendre individuellement, soit en vue de réaliser un nantissement, soit en vue de réaliser les deux opérations à titre gratuit constituées par le prêt à usage et le dépôt, trois fonctions qui peuvent être aussi bien remplies par une aliénation fiduciaire que par un commodat, un gage ou un dépôt, mais qui, dans la première, sont accomplies par un transfert de propriété, et dans les seconds, par une remise de la possession ou de la détention.

§ 1. — **Mutuum.**

Le *mutuum* [1] ou prêt de consommation est le contrat dans lequel une personne transfère à une autre la propriété d'une certaine quantité de choses, pièces de monnaie, denrées, en convenant que cette autre lui rendra, au bout d'un certain délai, une même quantité de choses de même qualité [2]. C'est un contrat unilatéral et de droit strict, qui donne au créancier pour obtenir la restitution, une action de droit strict, une *condictio*, la *condictio certae pecuniae*, s'il s'agit d'argent, la *condictio triticaria*, s'il s'agit d'autres choses, de denrées, de boisseaux de blé, par exemple.

Il n'était sans doute pas plus connu que les autres contrats non formels à l'origine du droit romain. La convention qui le constituait pouvait être rendue obligatoire, quand il s'agissait d'un prêt d'argent, par les formes du *nexum*, qui, au temps où la pesée était réelle, en différait d'ailleurs très peu, seulement par les termes sacramentels et par les témoins ; elle put aussi, de bonne heure, être rendue obligatoire par celles du contrat verbal, que le prêt portât sur de l'argent ou sur d'autres denrées. En dehors de là, c'était un simple pacte dénué d'action. Mais pourtant l'action en restitution des deniers prêtés fut, croyons-nous, admise assez facilement, plus facilement que celles de tous les autres contrats non formels, non pas en vertu de l'idée de contrat, mais

1. *D.*, 12, 1, *De rebus creditis, si certum petetur et de condictione*. Cf. Huschke, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn*, 1882, et le compte-rendu de Brinz, *K. V. I.*, 25, 1883, pp. 184-215.

2. Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 1, 2 : *Re contrahitur obligatio mutui datione. Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis et qualitatis*. Cf. *Inst.*, *h. t.*, *pr.*

en vertu d'une idée indépendante, en vertu d'une idée d'enrichissement injuste, en vertu de l'idée que celui qui a acquis sans cause la chose d'autrui est obligé *re* à la restituer, à en rendre la valeur, idée aussi vraie quand l'acquisition a été faite en vertu d'une convention que quand elle a été faite sans convention[1] et qui paraît avoir été admise non seulement avant l'introduction de la procédure formulaire par la loi Aebutia, mais avant l'introduction de la *legis actio per condictionem* par les lois Silia et Calpurnia ; car nous avons la preuve qu'elle a été sanctionnée par la *legis actio sacramenti* avant de l'être par la *condictio* qui en fut plus tard la sanction régulière[2].

Cette idée juridique très ancienne donnait, verrons-nous, une action en répétition à celui qui avait payé l'indû ; elle en donnait une, avons-nous vu (p. 419), à celui qui avait été volé ; elle en donnait également une à celui qui avait fait un prêt. Et c'est ainsi, croyons-nous, que le *mutuum* se trouva d'abord sanctionné par une action en répétition, non pas sur le terrain contractuel, mais, dirait la terminologie postérieure, sur le terrain quasi-contractuel, à une époque où on n'admettait pas encore que la simple convention pût faire naître une action, mais où on admettait déjà que l'acquisition illégitime du bien d'autrui en faisait naître une[3]. Plus tard, le *mutuum*, qui a toujours gardé dans ses règles quelque chose de ces origines[4], a été reconnu par la doctrine

1. Nous retrouverons cette conception en étudiant, parmi les *variae causarum figurae*, le système des *condictiones*. On peut la trouver déjà indiquée dans Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 270, n. 1, et elle a été développée en détail par A. Pernice, *Labeo*, 3, 1 (v. notamment pour son application au *mutuum* les p. 220 et ss. et Girard, *N. R. H.*, 1895, pp. 413. 417).

2. Cette preuve est, à notre sens, dans la loi Acilia *repetundarum* de 631 ou 632, ligne 23 (*Textes*, p. 37), selon laquelle la loi Calpurnia *repetundarum* de 605 permettait d'agir par la *legis actio sacramenti* en répétition des choses reçues illégalement par les magistrats. L'action intentée là n'est pas autre chose qu'une *condictio sine causa* du droit plus récent. Puisqu'elle y est intentée par *sacramentum*, c'est qu'elle a existé avant la loi Aebutia et même avant la loi Silia, depuis laquelle elle a pu donner lieu à une *condictio certae pecuniae*. Cf. Girard, *N. R. H.*, 1895, p. 421 et *Mélanges*, 1, p. 102 et ss.

3. Rien n'empêche, dans notre système, de faire remonter cette date antérieure à la loi Aebutia et à la loi Silia fort haut dans le passé. Quant aux témoignages concrets, on considère généralement l'existence du prêt de consommation, soit en qualité de prêt gratuit auquel est plutôt réservé le nom de *mutuum*, soit en qualité de prêt à intérêt désigné de préférence du nom de *faenus*, comme attestée à Rome par le théâtre de Plaute, et c'est un des points sur lesquels son langage semble mieux s'entendre d'une institution romaine que d'une institution hellénique ; mais les textes, qu'on trouvera reproduits dans Costa, *Diritto romano nelle comedie di Plauto*, 1890, pp. 307-313, renseignent plus sur l'existence économique de l'opération que sur la façon de la rendre alors obligatoire. Le texte de Tite-Live, 32, 2, sur l'an 555, cité par M. Cuq, *Institutions*, 1, p. 220, n. 7, est relatif à un emprunt fait par les Carthaginois à Rome et ne nous paraît pas prouver grand'chose pour les règles des contrats privés.

4. C'est par exemple seulement là qu'est l'explication parfaite de la rigueur avec laquelle on a toujours conservé la règle que l'emprunteur ne peut être tenu à

comme un contrat distinct, ayant sa physionomie propre, qui, surtout quand il est accompagné d'une convention d'intérêts, possède une grande importance pratique dans le droit de la fin de la République et du temps de l'Empire et qui par suite a même fini par faire l'objet d'une législation spéciale en matière de capacité. Nous étudierons donc, outre ses conditions d'existence et ses effets, les règles spéciales qui régissent soit la convention d'intérêts qui peut y être jointe, soit la capacité des parties qui y figurent, en particulier en matière de prêt d'argent.

I. Conditions d'existence. — Les conditions d'existence du *mutuum* sont, comme celles de tous les contrats réels, au nombre de deux : une convention, sans laquelle il n'y aurait pas de contrat ; une *res*, sans laquelle il n'y aurait pas de contrat réel. Ici, la *res* sera, en principe, la translation de propriété qui a été le premier fondement des obligations formées *re* ; la convention sera l'engagement pris par la personne qui reçoit de rendre dans un certain délai des choses de mêmes quantité et qualité, par lequel se distingue, en droit développé, l'obligation née du contrat de celle née d'une acquisition sans cause.

1. Le *mutuum* ne peut d'abord exister sans la convention de rendre des choses de mêmes quantité et qualité, qui en est l'élément intentionnel [1]. Sans elle, il pourra y avoir une *condictio* à raison du transfert de propriété fait par une personne à une autre, à raison de l'enrichissement procuré par la première à la seconde. Il n'y aura pas de *condictio* fondée sur le *mutuum*. Faute de la convention, le *mutuum* n'existe pas. Le seul point est de savoir à quelles choses cette convention peut s'appliquer et quelles modalités elle comporte.

Quant aux choses sur lesquelles elle peut porter, il serait rationnel que le prêt de consommation pût s'appliquer à toutes les choses auxquelles peut s'appliquer le prêt à usage, le commodat, qu'il y eût, selon l'intention des parties, selon qu'elles auraient envisagé les choses prêtées *in genere* ou *in specie*, un prêt de consommation, rendant l'emprunteur propriétaire à charge de rendre des choses de mêmes qualité et quantité, ou un prêt à usage, déplaçant seulement la détention et

rendre plus qu'il n'a reçu. C'est aussi par là qu'on comprend le mieux les solutions relatives aux cas de prêts faits par un impubère, par un non-propriétaire, peut-être pour le compte d'un tiers à son nom (p. 520, n. 3 ; p. 521, n. 2 ; p. 522, n. 2). Il y a *condictio* et il n'est pas sûr qu'il y ait *mutuum*. Mais la manière dont les textes donnent la *condictio*, le plus souvent sans se poser la question du *mutuum*, en dépit de ses intérêts pratiques, est à remarquer. Elle est fort explicable, si la notion de la *condictio* née *re* est le tronc originaire duquel s'est ensuite détachée l'idée secondaire de *mutuum* ; elle ne le serait pas du tout, si c'était l'idée de *mutuum* qui était l'idée primitive et l'idée d'enrichissement sans cause qui en était une extension postérieure.

1. Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 3, 1 : *Non satis est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur*. Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 18.

obligeant l'emprunteur à rendre les choses mêmes après s'en être servi. Ce serait rationnel et on a en effet soutenu, au moins pour le droit développé, que le *mutuum* pourrait, si les parties le voulaient, avoir pour objet non seulement de l'argent, du blé, de l'huile, des têtes de bétail, mais des esclaves, des immeubles même. Cependant la doctrine romaine paraît décider que, si toutes les choses possibles peuvent faire l'objet d'un prêt à usage quand elles sont considérées *in specie*, le *mutuum* ne peut porter que sur les choses *quae pondere numero mensurave constant* [1], c'est-à-dire sur les choses regardées comme telles par les usages commerciaux (p. 250).

Pour les modalités, le *mutuum* comporte normalement un terme, qui peut être exprès ou tacite. Il est aussi susceptible d'une condition suspensive, dont l'exemple le plus important [2] est le prêt à la grosse aventure, *nauticum faenus*, *pecunia trajecticia*, où la restitution est subordonnée au retour à bon port du navire dont on a prêté la cargaison [3]. Il peut encore être affecté d'une condition résolutoire, à l'événement de laquelle il serait remplacé par une donation, de l'indication d'un lieu de paiement, auquel le débiteur devrait alors être poursuivi à peine de *plus petitio* [4], etc.

2. L'élément matériel est régulièrement et était sans doute toujours, à l'origine, la translation de propriété des choses prêtées du prêteur à l'emprunteur. Cette translation de propriété s'accomplit par les procédés ordinaires, principalement, puisqu'il s'agit d'habitude de choses *nec mancipi*, par la tradition, et là comme ailleurs la tradition peut s'opérer de toutes les façons admises, non seulement par la remise matérielle, de la main à la main, mais par tous les procédés que nous avons vu entraîner remise de la possession et, quand ils sont accompagnés d'une juste cause, déplacement de la propriété ; ainsi par exemple par l'autorisation donnée à l'emprunteur de prendre l'argent contenu dans une caisse dont on lui remet les clefs, par l'autorisation donnée au dépositaire qui détient déjà les écus d'en user à titre de prêt [5]. Mais il faut

1. Ulpien, fr. de Vienne, 2, 1 (*Textes*, p. 489). Gaius, 3, 90. Paul, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 2, 1. Cf. C. civ., art. 1892. 1894.

2. Autre exemple, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 10. Je dépose chez une personne une somme dont, si la condition se réalise, elle deviendra propriétaire à titre de prêt. Il y a dépôt pur et simple et *mutuum* conditionnel.

3. *D.*, 22, 2, *De nautico faenore*. Cf. Mathias, *Das foenus nauticum und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei*, 1881. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1308-1310 ; Cuq, dans Daremberg et Saglio, 7, 1, 1904, pp. 13-17. Autres règles propres au *nauticum faenus*, p. 524, n. 6, p. 526, n. 3. Extension à des hypothèses juridiquement analogues, *D.*, *h. t.*, 5.

4. *Plus petitio loco* : *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 33 *c.*

5. La simple convention, qui opère le déplacement de la possession et par suite de la propriété (p. 303, n. 3), transformera aussi le dépôt en *mutuum*, ce qui fera la dette de corps certain, sanctionnée par une action de bonne foi, du dépositaire être remplacée par une dette de genre, sanctionnée par une action de droit

une translation de propriété : ce qui fait que le *mutuum* ne se formera pas, quand il n'y aura pas de translation de propriété [1], soit parce que l'auteur de la tradition ne sera pas propriétaire, soit parce qu'il ne sera pas capable d'aliéner [2].

Quand il ne sera pas capable d'aliéner, par exemple quand ce sera un impubère en tutelle, il aura une action : la revendication, si les deniers existent toujours en nature ; l'action *ad exhibendum* donnée contre celui qui cesse de posséder par dol, quand celui qui les aura reçus les aura consommés de mauvaise foi ; enfin une *condictio*, quand il les aura consommés de bonne foi [3], mais ce sera, dit-on, la *condictio sine causa* qu'on pourra intenter de suite, ce ne sera jamais la *condictio* qui naîtrait du *mutuum* au terme [4] ; car il n'y a pas de translation de propriété ni par conséquent de *mutuum*, quand le *tradens* n'est pas capable d'aliéner.

Il n'y a pas non plus de translation de propriété, ni par conséquent de *mutuum*, quand le *tradens* n'est pas propriétaire. L'*accipiens* ne devient pas débiteur [5] et il serait injuste qu'il le devînt : car il n'est pas devenu propriétaire : il est exposé à la revendication du véritable propriétaire. Seulement on se demande si le *mutuum* ne se forme pas après coup (*reconciliatio mutui*), au cas où l'*accipiens*, qui n'est pas devenu propriétaire dans le principe le devient par la suite, cesse par la suite d'être exposé à la revendication du vrai propriétaire, par exemple, parce que le *tradens* a hérité du vrai propriétaire, par exemple parce que lui-même a usucapé les deniers, plus simplement et plus pratiquement parce qu'il les a consommés de bonne foi. Il n'est pas douteux que le *tradens*

strict : Ulpien, *D.*, 12, 1, *D. R. C.*, 9, 9. Africain (citant Julien), *D.*, 17, 1, *Mandati*, 34, *pr.*

1. Paul, *D.*, *h. t.*, 2, 2 : *Si non fiat tuum, non nascitur obligatio.*

2. On conclut en outre souvent de là que le prêteur, réclamant la restitution en vertu du *mutuum*, devrait prouver son droit de propriété. Mais cette doctrine a été très fortement contestée. Les textes exigent de lui la preuve de la *numération* des deniers et rien de plus. Quand les règles de preuve ont été modifiées, ce fut par la *querela non numeratae* et non par la *querela non datae pecuniae*. A la vérité, cette translation de propriété est un élément du contrat ; mais il y a des éléments du contrat qui se présument, ainsi la capacité des parties.

3. *Inst.*, 2, 8, *Quib. alienare licet*, 2 : *Si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit* (*pupillus*), *non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. Ideoque vindicare nummos possunt sicubi exstent. Sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.* Cf. aussi Julien, *D.*, *h. t.*, 19, 1.

4. C'est ce que disent logiquement les interprètes en partant de la distinction de deux sources de la *condictio*. Ici comme au cas où le *tradens* n'est pas propriétaire, le texte de Julien se contente de dire qu'il y a *condictio*.

5. Le prêteur pourrait cependant exercer une action en répétition de la possession des choses qu'il se trouve avoir remises sans cause en vue de former un contrat qui ne s'est pas formé (*condictio possessionis*, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 15, 1).

a alors contre lui une *condictio* [1]. Mais les interprètes discutent si c'est une *condictio* née du *mutuum*, qui pourrait seulement être intentée après l'échéance, à côté de laquelle existerait sans difficulté l'action née d'une stipulation d'intérêts, ou si c'est une *condictio sine causa* indépendante, qui pourrait être intentée de suite, qui n'empêcherait pas la stipulation d'intérêts d'avoir été faite sans cause, faute de *mutuum* valable, et de pouvoir être attaquée de ce chef [2].

Ces règles procèdent de l'idée que le *mutuum* exige comme élément matériel un transfert de propriété : c'est le principe et il a sans doute été absolu à l'origine. Mais il faut, à notre sens, reconnaître qu'on est arrivé, dans le cours de la période classique, à admettre que la translation de propriété pourrait être remplacée par un acte juridique donnant à l'emprunteur une satisfaction équivalente. C'est le résultat d'un développement qui a eu pour point de départ la manière large dont on a progressivement entendu la remise de la possession dans la tradition, mais qui est, à notre sens, allé au delà, jusqu'à des cas où il n'y a ni tradition, ni transfert de propriété.

En effet, les principes modernes de la tradition suffisent à rendre compte de certaines hypothèses où les jurisconsultes classiques valident le *mutuum* tout en y voyant quelque chose d'un peu sujet à objection : ainsi de l'hypothèse où le prêteur, n'ayant pas d'argent comptant, autorise l'emprunteur à aller toucher chez son débiteur ce que celui-ci lui doit et devient par là créancier des deniers qu'il n'a pas remis, mais qui ont été remis pour son compte et de son aveu [3] ; ainsi celle où, désirant faire un versement à quelqu'un, par exemple à titre de constitution de dot, l'emprunteur prie le prêteur de remettre les deniers à cette personne et devient débiteur de deniers qu'il n'a pas reçus, mais qui ont été remis pour son compte à quelqu'un [4] ; l'anomalie, la faveur que les jurisconsultes voient dans ces solutions [5], concerne moins les principes

1. Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 13, *pr.* : *Si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, sed consumptis eis nascitur condictio.* Julien, *D.*, *h. t.*, 19, 1 : *Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit.* V. en outre *D.*, *h. t.*, 11, 2 ; 12 ; 19, *pr.* ; 19, 1. C'est la *condictio de bene depensis* des commentateurs.

2. Ici encore les textes se contentent de donner la *condictio* sans dire à quel titre ni trancher les questions d'intérêt pratique relevées par les interprètes. Il est même remarquable que Julien, *D.*, *h. t.*, 19, 1 (p. 520, n. 3 ; p. 521, n. 1) paraît considérer la question comme la même pour le cas de défaut de propriété et pour celui d'incapacité d'aliéner.

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 15 : *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis.* Africain (citant Julien), *D.*, 17, 1, *Mandati*, 34, *pr.* : *Quod, si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est.*

4. *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 9, 8, *in fine* (p. 522, n. 2).

5. Ulpien (n. 3) : *Singularia quaedam recepta sunt.* Julien (n. 3) : *Id benigne*

du *mutuum* que ceux de la tradition qui rentre dans la catégorie de ce que les interprètes appellent une tradition *brevi manu*[1]. Il n'en est pas autrement dans le cas où les deniers prêtés, au lieu d'être remis par le prêteur ou par son débiteur, sont remis par quelqu'un sur son ordre[2], et les jurisconsultes ont même essayé de faire le même raisonnement pour quelques cas où la formation du *mutuum* a été controversée : pour celui où, au lieu d'argent comptant, le prêteur remet à l'emprunteur des objets pour les vendre et en garder le prix et où le Proculien Nerva soutenait déjà que, sauf quand le prêteur était un marchand en gros, le prêt existait depuis le moment de la remise et non pas seulement depuis celui de la vente[3] ; pour celui où, étant créancier non pas d'un corps certain existant comme au cas de dépôt, mais d'une somme d'argent n'existant pas en nature par exemple, en vertu d'un mandat, le créancier consent à laisser cette somme en prêt au mandataire et où Ulpien

receptum est. Ces règles tirent sinon leur origine, au moins leur importance pratique de l'usage des Romains de faire leurs affaires d'argent par l'intermédiaire des banquiers. V. pour Rome, Pernice, *Z. S. St.*, 1898, pp. 115-120 et, à la fois pour Rome et pour les provinces grecques de l'empire, le travail d'ensemble relatif à tout le mécanisme des banques antiques, de Mitteis, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 190-260. Ajouter aux textes cités les deux fragments de registres, *P. Fior.*, 1, 1905, nos 24 (Mitteis, *Chrestom.*, 187) et 25, et le long *P. Lond.*, III, 1907, pp. 156-167.

1. Les deniers passés d'une personne à une autre sur la délégation d'une troisième sont réputés avoir été remis par la première à la seconde et par celle-ci à la troisième. C'est parfaitement soutenable en remarquant que la tradition n'exige que la mise à la disposition et que, dans les deux cas, la chose est remise à une troisième personne, parce qu'elle était mise à la disposition de la seconde ; que par conséquent, derrière la tradition qu'on voit, il y a deux traditions qu'on ne voit pas : du débiteur au créancier et du créancier à l'emprunteur, dans le premier cas ; du prêteur à l'emprunteur et de celui-ci au tiers, dans le second.

2. *D.*, 39, 5, *De don.*, 35, 2 ; *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 126, 2 ; *C.*, 4, 27, *Per quas pers.*, 3 (2). En remettant les deniers pour le compte du prêteur et de son aveu, le tiers le rend créancier d'après nos principes. Au contraire, cette interprétation, commandée par les textes cités ou conciliable avec eux, ne peut suffire à rendre compte du texte le plus connu, Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 9, 8. Ce texte présente bien, en finissant la même idée comme une justification donnée par Julien de sa solution (*nec dubitari quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro*) ; mais il dit positivement, à son début, que la *condictio* est acquise à celui pour le compte duquel on remet les deniers, même quand on le fait à son insu (*si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi condictionem*). Il y a donc antinomie entre la solution et sa justification. Seulement l'antinomie disparaît, si l'on supprime les mots *absente te et ignorante* ou si on lit avec Brinz au lieu de *velut tuos, voluntate tua sed*. M. Pernice pense à l'inverse que c'est la finale : *nec dubitari... debitori nostro* qui est interpolée et que par conséquent Aristo donnait bien la *condictio* à celui pour le compte duquel des deniers avaient été remis sans son aveu, mais comme une *condictio* née *re* en dehors de toute idée de contrat et non pas comme une *condictio* née du *mutuum*. Cf. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 222 et ss. et en sens divers les auteurs cités par lui, p. 222, n. 2 et 3.

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 11, *pr.* En sens contraire, Africain (citant Julien), *D.*, 17,1, *Mand.*, 34, *pr.*

admettait que le *mutuum* était formé, quoique les deniers à remettre n'eussent jamais été individualisés[1].

Mais on a, croyons-nous, fini par admettre le *mutuum* dans deux autres cas où l'absence de translation de propriété est patente : celui où, une dette n'étant pas échue, le prêteur délègue sa créance à l'emprunteur qui, au lieu de toucher la somme, se la fait promettre par le tiers et celui où la personne à laquelle on veut faire aller le bénéfice de l'emprunt, par exemple le gendre auquel on veut constituer une dot, au lieu de toucher la somme, se la fait promettre par le prêteur : dans ces deux cas, voisins en apparence, mais très différents, au point de vue juridique, de nos deux premiers exemples, on ne peut plus dire qu'il y ait eu une translation de propriété, puisqu'au lieu d'être versés les deniers ont été simplement promis : pourtant des textes, qui nous paraissent impossibles à écarter, admettent qu'il y a *mutuum* depuis la promesse et non pas seulement depuis le paiement[2]. C'est l'expression indéniable d'une notion nouvelle de la *res* considérée non plus comme une translation de propriété, mais comme la mise d'une valeur dans le patrimoine de l'emprunteur[3]. Seulement, ainsi qu'il leur arrive souvent, les Romains se sont bornés à admettre empiriquement la solution sans dégager consciemment le principe.

II. Effets du mutuum. — Le *mutuum* a pour effet de faire naître, au profit du prêteur et à l'encontre de l'emprunteur, une créance ayant pour objet des choses de quantité et qualité égales aux choses prêtées. C'est donc une créance de genre et non de corps certain, qui n'est pas susceptible de s'éteindre par la perte de la chose[4]. Cette créance est,

1. Ici encore Ulpien, *D.*, *h. t.*, 15, admet que le *mutuum* se formera en disant que c'est la même chose que lorsque le créancier charge son emprunteur d'aller toucher sa créance, qu'on fait simplement avec le débiteur lui-même ce qu'on ferait là avec un tiers et qu'il y a par conséquent encore deux traditions sous-entendues, une du mandataire au mandant en exécution du mandat et une du mandant au mandataire à titre de prêt. Mais cette solution, qui présenterait de nombreux intérêts pratiques (droit pour le débiteur au terme de restitution du *mutuum* ; substitution à l'action de bonne foi du mandat de l'action de droit strict du *mutuum* ; nécessité d'une stipulation pour rendre obligatoire dans le *mutuum* la convention d'intérêts obligatoire par simple pacte dans le mandat), est vigoureusement combattue par Julien chez Africain, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 34, *pr.*, et elle paraît encore rejetée par Dioclétien, *C.*, 4, 2, *Si cert. pet.*, 6.

2. Cela nous paraît établi pour le second cas par Papinien, *D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 19, 3 (cf. Huschke, p. 53) et pour le premier par Celse, *D.*, *h. t.*, 32, où la validité du *mutuum* n'est exclue que parce qu'il y a eu une erreur des parties. Cf. aussi Julien, *D.*, 46, 1, *De fidejussoribus*, 18 : *Qui debitorem suum delegat pecuniam dare intellegitur, quanta et debetur* et les autres textes cités dans le même sens par Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1897, p. 117, n. 6. Là encore la règle tire sa justification et sa portée du développement des affaires de banque (p. 521, n. 5).

3. Cf. Huschke, p. 51 et ss. et en sens contraire Brinz, *K. V. I.*, p. 185 et ss.

4. Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 1, 4 : *Qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilominus obligatus permanet.*

depuis l'introduction de la *condictio*, sanctionnée, quand il s'agit de monnaie, par la *condictio certae pecuniae* et, quand il s'agit d'autres choses, par la *condictio triticaria*. Les deux actions présentent là leurs caractères ordinaires sur lesquels il est inutile de revenir (pp. 501. 502). Mais il convient de relever la rigueur avec laquelle on applique ici le principe que l'obligation, étant née *re*, ne peut avoir une étendue supérieure à celle de la prestation qui en est la source[1], en sorte que celui qui est devenu créancier par la prestation de dix pièces de monnaie ne peut jamais en réclamer onze[2], ni en vertu d'une convention expresse établissant des intérêts conventionnels, ni, à cause du retard apporté à l'exécution, à titre d'intérêts moratoires. C'est un point utile à relever avant d'aborder l'étude du prêt à intérêt.

III. Prêt à intérêt. — La convention d'intérêts a été, de tout temps, très fréquemment adjointe, à Rome, au prêt de consommation qui prend alors plus spécialement le nom de *faenus* ; mais elle est régie par un certain nombre de règles propres.

1. D'abord elle ne peut être rendue obligatoire que par un contrat formel, pratiquement, à l'époque historique, par un contrat verbal[3]. Et c'est même la raison pour laquelle, ainsi que nous avons déjà remarqué (p. 512), le *mutuum* lui-même est presque toujours incorporé dans un contrat verbal. Pour devenir créancier des intérêts, il faut faire une stipulation (*stipulatio usurarum*). Il est aussi simple de la faire du même coup pour le capital et les intérêts (*stipulatio sortis et usurarum*)[4].

Le simple pacte d'intérêts joint au *mutuum* produit, en droit classique, une obligation naturelle dont l'existence exclut la répétition de l'indû, quand les intérêts ont été payés, même par erreur[5]. Et on a admis, dans le cours des temps, qu'il pourrait par exception faire naître une action dans certains cas particulièrement favorables : au cas de *nauticum faenus*[6], probablement depuis qu'il existe ; ensuite, depuis le temps d'Alexandre Sévère, au cas de prêt de denrées autres que de l'argent[7] ;

1. Paul, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 17, *pr.* : *Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 11, 1 : *Si tibi dedero decem sic ut novem debeas, Proculus ait et recte, non amplius te ipso jure debere quam novem* (il y a donation pour l'excédent) : *sed si dedero ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse.*

3. Africain, *D.*, 19, 5, *De pr. verb. act.*, 24 : *Respondit* (*Julianus*) *pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi.* Paul, *Sent.*, 2, 14, 1. Cf. Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 75, 9.

4. V., outre les nombreux exemples donnés par les compilations juridiques, deux exemples concrets venant des triptyques de Transylvanie, *Textes*, pp. 841-842.

5. *C.*, 4, 32, *De usuris*, 3.

6. *D.*, 22, 2, *De naut. faen.*, 7. Le droit classique admet la même solution pour les prêts faits par des cités, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 30.

7. *C.*, 4, 32, *De usuris*, 11 (12) : *Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto praestanda est.* Cf. *C.*, *h. t.*, 23.

enfin depuis une novelle de Justinien, au cas de prêts faits par des banquiers[1]. Mais pour les prêts d'argent terrestres faits par d'autres particuliers, la simple convention reste impuissante à faire naître une créance civile d'intérêts. C'est, en présence du développement reçu depuis des siècles par le système des pactes adjoints aux contrats, une disposition de faveur pour les emprunteurs d'argent. L'emprunteur d'argent reste toujours protégé par le principe qu'il ne peut devoir d'intérêts qu'en vertu d'un contrat verbal, comme il l'est, peut-on dire, depuis le IIIe siècle par la théorie de la *querela*.

2. Une autre protection résulte pour lui, dans la pensée du législateur, de la réglementation de l'intérêt[2]. Le législateur intervient pour limiter, à l'encontre des conventions privées, tant le taux de l'intérêt que son pouvoir d'accumulation.

a) *Taux de l'intérêt.* A la différence du locateur d'une chose, le locateur d'argent n'est pas libre d'en fixer le loyer à sa guise. Le droit romain considère les emprunteurs d'argent comme atteints dans leur liberté par le besoin sous le coup duquel ils accepteraient des conditions trop onéreuses et il essaie de les protéger en fixant un maximum. Ce maximum est d'ailleurs loin d'avoir toujours été le même. A l'époque des XII Tables, qui nous sont présentées comme la première loi limitative, c'était l'*unciarium faenus*, c'est-à-dire probablement le 1/12 du capital, 8,33 °/₀ par an[3]. Il fut abaissé en l'an 407 à la moitié (*semunciarum faenus*), 4,17 °/₀[4], puis enfin il fut totalement interdit, en l'an 412, par la loi Genucia[5], comme il l'a été par le moyen âge chrétien. Mais cette prohibition paraît avoir été bientôt frappée de désuétude sans avoir eu le temps de produire les expédients inventés par notre ancien droit pour la tourner. A l'époque de Cicéron, le taux légal est de 12 °/₀ par an, 1 °/₀ par mois[6]. Ce sont les *centesimae usurae seu calendariae*, ainsi nommées de leur échéance aux calendes de chaque mois[7], qui fai-

1. Nov. 136, c. 4.
2. Cf. Savigny, *Vermischte Schriften*, 1, 1850, pp. 386-406. Puchta, *Institutionen*, 2, § 261. Marquardt, *Organisation financière*, pp. 71-78. G. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses in griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, 1898. Klingmueller, *Z. S. St.*, 22, 1902, pp. 68-83.
3. Tacite, *Ann.*, 6, 16. On discute quelquefois si ce maximum ne se rapporterait pas à l'année de dix mois de Numa, ce qui donnerait alors 10 °/₀ pour l'année de douze mois. Mais cette prétendue année de 10 mois n'a jamais existé. Cf. Mommsen, *Römische Chronologie*, 2e éd., 1859, p. 48 et ss. ; Unger, dans le Manuel d'Iwan de Mueller, 1, p. 615 et s.
4. Tite-Live, 7, 27, 3. Une loi antérieure de l'an 397, la loi Duilia Moenia, avait, dans l'intervalle, confirmé les dispositions des XII Tables (Tite-Live, 7, 16, 1).
5. Tite-Live, 7, 42, 1 ; Tacite, 6, 16 ; Appien, *B. c.*, 1, 54.
6. Cicéron, *Ad Att.*, 1, 12, 5, 21. Paul, *Sent.*, 2, 14, 2.
7. Cf. Ambroise, *De Tobia*, 12 : *Veniunt kalendae, parit sors centesimam ; veniunt menses singuli, generantur usurae*. Exemple dans le livre syro-romain, R I, 53. V. sur les autres dénominations tirées de la division de l'as, Marquardt, p. 74.

sait aussi appeler *kalendarium* le livre de recouvrement des particuliers et même, dans la langue usuelle, *actio kalendarii*, l'action en recouvrement des intérêts [1]. Ce maximum légal, qui devient sous l'Empire, en fait, très supérieur au taux ordinaire des intérêts conventionnels [2] et qui ne s'appliquait d'ailleurs qu'aux prêts d'argent, non pas probablement aux prêts de denrées ni certainement au *nauticum faenus*, subsista dans l'ensemble jusqu'à Justinien [3]. Justinien l'abaissa sensiblement en le fixant d'une manière variable selon les personnes, qui trahit une grande inexpérience financière : il le fixe en principe à 6 °/ₒ ; mais il complique cette notion simple par l'établissement d'un taux gradué selon l'utilité que les créanciers lui paraissent pouvoir tirer de l'argent dont ils se privent ou les débiteurs de celui qu'ils reçoivent [4]. En outre il étendit le maximum au *nauticum faenus* pour lequel il le fixa à 12 °/ₒ et aux prêts de denrées pour lesquels il le fixa successivement à 12 et à 12 1/2 [5].

Quant à la sanction de la prohibition, elle était anciennement cherchée d'une manière très efficace dans la délivrance à l'emprunteur d'une action en restitution d'un multiple de ce qu'il avait été indûment astreint à payer [6]. Cette disposition fut reproduite par Valentinien, Théodose et Arcadius en 386 [7]. Au contraire Justinien, au moment où il provoquait la fraude par l'abaissement du maximum, affaiblit la répression en décidant que les intérêts payés illégalement seraient uniquement imputés sur le capital ou, en cas d'excédent, restitués au simple [8].

1. *Kalendarium* ; cf. Hecht, *Die römischen Kalendarienbücher*, 1888. Kuebler, *Z. S. St.*, 12, 1892, p. 156 et ss. *Actio kalendarii* : *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 30, 14.
2. Columelle, *De re rust.*, 3, 3, indique, au Iᵉʳ siècle, comme le taux habituel 6 °/ₒ (*semisses usurae*) ; Cicéron parle, en l'an 700, d'une élévation du cours de 4 à 8 °/ₒ (Cicéron, *Ad Att.*, 4, 15, 7 : *Faenus ex triente idibus Quinctilibus factum erat bessibus* ; *Ad Q. fr.*, 2, 14, 4). Dion Cassius, 51, 21, parle aussi de 4 °/ₒ pour le temps d'Auguste. Au temps de Trajan, les capitaux affectés aux fondations alimentaires (*Textes*, p. 834 et ss.) étaient placés, à vrai dire, dans un but de crédit agricole, à 5 °/ₒ (chez les Ligures Bébiens à 2 1/2, mais probablement pour six mois). Dans une autre fondation faite à Athènes, *C. I. Att.*, III, 61, ils paraissent avoir été placés à 8. Cf. Th. Mommsen, *Hermes*, 5, 1870, p. 129 et ss.
3. Sur une petite modification entraînée par la réforme monétaire de Constantin, cf. Marquardt, p. 76, n. 1, et Godefroy, sur le *C. Th.*, 2, 33, 2.
4. Quant aux prêteurs, 8 °/ₒ pour les commerçants et industriels, 4 °/ₒ pour les personnes illustres ; quant aux emprunteurs, un peu plus de 4,4 1/6, pour les agriculteurs : *C.*, 4, 32, *De usur.*, 26. Nov. 32.
5. *C.*, 4, 32, *De usuris*, 26. Nov. 34. Constantin, *C. Th.*, 2, 23, *De usuris*, 1, avait déjà auparavant fixé pour les prêts de denrées un maximum de 50 °/ₒ.
6. Peine du quadruple, probablement d'après les XII Tables (Caton, *De r. r.*, *pr.* : XII Tables, 8, 18 b). *Manus injectio pura* donnée ensuite par une loi Marcia (Gaius, 4, 23 ; cf. Appien, *B. c.*, 1, 54, sur l'an 669), au débiteur contre le créancier qui avait exigé de lui illégalement des intérêts, usuraires, d'après les uns, quelconques (p. 527, n. 5), d'après les autres.
7. *C. Th.*, 2, 33, *De usuris*, 2.
8. *C.*, 4, 32, *De usuris*, 26, 4. Cf. livre syro-romain R I, 53.

b) *Accumulation de l'intérêt.* L'intérêt peut écraser le débiteur non seulement par son taux, mais par l'accumulation des arriérés. Pour l'empêcher, le droit romain fixe la mesure dans laquelle le capital pourra produire des intérêts et prohibe la transformation des intérêts en nouveau capital générateur d'intérêts (anatocisme). Mais sur les deux points les solutions de Justinien ne sont pas celles du droit antérieur.

Quant au premier point[1], le droit classique fixait au double la somme jusqu'à laquelle le capital pourrait produire des intérêts restés en souffrance; il décidait que la dette qui aurait produit les intérêts non soldés, égaux au capital, cesserait d'en produire de nouveaux, ne pourrait monter *ultra duplum*[2]. Justinien dénatura le système en décidant que le capital cesserait de produire des intérêts quand il en aurait produit d'égaux à lui, alors même qu'ils auraient été payés[3].

Quant à l'anatocisme, à la capitalisation des intérêts, la convention d'anatocisme était probablement défendue, en droit classique, pour les intérêts à échoir[4], mais elle y était sans doute permise pour les intérêts déjà échus que les parties convenaient de transformer en dette de capital par une novation[5]. Justinien la défendit peu heureusement même pour les intérêts déjà échus[6].

IV. Règles spéciales de capacité. Sénatus-consulte Macédonien. — La capacité du prêteur ne présente rien de spécial : tout au plus peut-

1. Cf. W. Sell, dans les *Iahrbücher* de Sell, 1, 1841, pp. 13-92.

2. Cette décision est donnée comme l'expression d'un droit déjà existant par Antonin Caracalla, *C.*, *h. t.*, 10. M. Esmein, *Mélanges*, p. 300, relève au Ve siècle, en Gaule, une application de cette règle dans la lettre de Sidoine Apollinaire, 4, 24 (éd. Baret, 4, 15).

3. Nov. 121, c. 2. Nov. 13.

4. Elle était encore permise à l'époque de Cicéron, où les édits des magistrats suivis par lui dans son édit de Cilicie de 704 prescrivaient seulement de la faire pour les intérêts de chaque année (*anatocismus anniversarius*) et non pas pour ceux de chaque mois (*anatocismus menstruus*). Cf. Cicéron, *Ad Att.*, 5, 21, 11 : *Cum ego in edicto tralaticio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario*, 6, 1, 5. 6. 3, 5. Mais elle paraît avoir été défendue par un sénatus-consulte qu'il cite dans la même lettre, *Ad Att.*, 5, 21, 13 : *Praesertim cum senatus consultum modo factum sit ut centesimae perpetuo faenore*, — c'est-à-dire sans que le cours en fût interrompu par la capitalisation annuelle — *ducerentur*. Cependant le point est controversé et l'on soutient même parfois que les textes du Digeste prohibant les *usurae usurarum* signifient eux-mêmes seulement que les prohibitions générales et notamment celle sur la limitation des intérêts arriérés au double s'appliquent aux intérêts capitalisés (Ulpien, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 1 ; Modestin, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 27). En tout cas l'inscription, Orelli, 4405 (*Textes*, p. 902), encore citée par M. Leonhardt, Pauly-Wissova, *Realencyclopädie*, 1, v° *Anatocismus*, comme exemple d'intérêts des intérêts imposés à titre de peine, ne contient cette disposition que dans une finale apocryphe et aujourd'hui écartée justement du texte. Cf. *C. I. L.*, X, 3334.

5. C'est, croyons-nous, le sens des mots de Justinien, *C.*, *h. t.*, 28 : *Usuras in sortem redigere fuerat concessum et totius summae usuras stipulari*.

6. *C.*, *h. t.*, 28.

on noter l'incapacité du gouverneur de prêter de l'argent dans sa province, qui rentre dans un système général de prohibitions portées contre lui[1]. Au contraire, on rencontre une restriction considérable et très importante à la capacité de devenir débiteur en matière de prêt d'argent : le sénatus-consulte Macédonien[2] qui, après une première loi de Claude[3], intervint sous Vespasien (69-79 après J.-C.) pour défendre les prêts d'argent faits aux fils de famille et qui nous est représenté comme ayant eu pour motif un parricide commis par un fils endetté duquel il tira probablement son nom[4].

Le sénatus-consulte Macédonien défendait de prêter de l'argent aux fils de famille. Mais peut-être parce que le sénat n'avait pas alors le pouvoir de faire du droit civil (p. 57, n. 1), la sanction n'est pas la nullité de l'engagement. Le fils est tenu *jure civili* et le père lui-même l'est *jure praetorio* sur le pécule. Si la dette est payée même par erreur, il n'y aura pas lieu à *condictio indebiti*[5], parce que le sénatus-consulte n'empêche pas l'obligation d'exister *jure naturali*[6]. Seulement le père poursuivi *de peculio*, le fils poursuivi directement soit du vivant du père, soit après, aura, pour se dispenser de payer, l'*exceptio senatusconsulti Macedoniani* que le préteur lui donne en exécution des instructions du sénat contenues dans le sénatus-consulte[7].

Cette exception s'applique à tout emprunt d'argent, quand bien même il serait dissimulé sous la forme d'un prêt d'autres choses, d'un prêt de denrées, ou sous l'aspect d'un contrat non formel distinct, par exemple, d'une vente[8]. Mais elle est hors de cause dans quelques cas où il y a prêt d'argent, par exemple quand tout le monde croyait le fils *sui juris*, par exemple quand le père a consenti, quand il a été enrichi par le

1. Modestin, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 33.
2. *D.*, 14, 6, *De senatus consulto Macedoniano*. Cf. Mandry, *Gemeines Familiengüterrecht*, 1, 1871, pp. 431-524; Huschke, pp. 149-195.
3. Tacite, *Ann.*, 11, 13, sur l'an 47 : *Et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum faenori darent*. Cette loi, nécessairement plus restreinte que le sénatus-consulte, peut, par exemple, n'avoir frappé que les prêts remboursables à la mort du père, peut aussi ne les avoir frappés que d'une amende.
4. Suétone, *Vesp.*, 11 : *Auctor senatui fuit decernendi... ne filiorum familias faeneratoribus exigendi crediti jus umquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem*. — Texte : *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* — Motif et dénomination : *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* et Paraphrase des *Inst.*, 4, 7, 7.
5. Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 14. Marcien, *D.*, 12, 6, *De cond. indeb.*, 46, *pr.*
6. Paul, *D.*, *h. t.*, 10.
7. Le texte du sénatus-consulte, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.*, dit : *Placere ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur*. On refusera l'*actio in jure* s'il est incontesté que l'on est dans le cas du sénatus-consulte (d'où l'expression *deneganda est actio*, *D.*, *h. t.*, 1, 1) ; on délivrera au contraire l'action *de peculio* contre le père ou l'action directe contre le fils, en y insérant l'exception, quand l'application du sénatus-consulte sera contestée.
8. *D.*, *h. t.*, 3, 3 ; 7, 3.

prêt[1] ; au moins au regard du fils, quand il a un pécule castrens ou quasi-castrens[2], ou quand il a renoncé à son exception par une convention conclue avec le créancier depuis qu'il est devenu *sui juris*[3].

§ 2. — **Autres contrats réels nommés**[4].

I. **Fiducie.** — La convention de fiducie (*pactum fiduciae*) est, dans le fond des choses, un contrat qui se forme *rè*, une convention par laquelle celui qui reçoit la propriété d'une chose est civilement obligé à la rendre ou plus largement à s'en dessaisir dans les circonstances déterminées. Elle n'existe plus sous Justinien et par suite elle n'est pas expressément visée dans ses compilations ; mais elle a joué un rôle considérable dans le droit antérieur et nous possédons sur elle des renseignements directs et indirects assez abondants[5].

1. Erreur inévitable :*D.*, *h. t.*, 19. Consentement du père : *D.*, *h. t.*, 12. *In rem versio patris* : *D.*, *h. t.*, 7, 12-14.
2. *D.*, *h. t.*, 1, 3.
3. *C.*, 4, 28, *Ad sc. Maced.*, 2. Les conditions de validité de cette renonciation sont controversées. Cf. Windscheid, 2, § 374, n. 17.
4. Cf. Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben species*, 1870.
5. On rencontre des renseignements relatifs à la fiducie non seulement chez des auteurs extrajuridiques tels que Cicéron, Boèce, Isidore de Séville, etc., mais dans les ouvrages juridiques qui nous sont parvenus en dehors de Justinien, ainsi dans les Institutes de Gaius, les Sentences de Paul, la *Collatio* et les fragments du Vatican. De plus, sans parler d'autres inscriptions assez nombreuses qui se bornent en général à prohiber l'aliénation fiduciaire de biens déterminés, nous possédons deux inscriptions directement relatives à des aliénations fiduciaires : une inscription, d'ailleurs très mutilée, découverte en 1887 à Pompéi, qui rapporte un acte concret d'aliénation fiduciaire fait pour sûreté d'une obligation en l'an 61 ap. J.-C. (*Textes*, p. 819), et une inscription découverte quelques années auparavant dans l'ancienne Bétique, qui donne probablement un modèle abstrait de mancipation fiduciaire à faire dans le même but (*Textes*, p. 822). Enfin toute une collection de nouveaux textes relatifs à la fiducie a été retrouvée dans le Digeste par M. Lenel, à la suite de ses recherches sur l'édit du préteur dont c'est un des résultats de détail les plus brillants et les mieux établis. Cf. O. Lenel, *Z. S. St.*, 3, 1882, pp. 104-120 ; 177-180 ; *Edictum*, § 107. M. Lenel a constaté, par le dépouillement méthodique des textes tirés des commentaires de l'édit et des ouvrages suivant le même ordre, que, dans leur forme actuelle, ces textes nous représentent ces ouvrages comme traitant du gage à deux reprises, à deux endroits différents ; que par exemple les extraits du commentaire d'Ulpien en parlent au livre 28 (*Pal.*, 802-812), à côté du commodat, puis, après avoir traité de tout autre chose au livre 29, de nouveau au livre 30, à côté du dépôt (*Pal.*, 901-906) ; que ceux du commentaire de Paul en parlent pareillement d'abord, à côté du commodat, au livre 29 (*Pal.*, 447-451), puis, après avoir traité d'autre chose au livre 30, de nouveau à côté du dépôt au livre 31 (*Pal.*, 481-483) ; que la même répétition se présente dans tous les ouvrages qui suivent l'ordre de l'édit, notamment dans le commentaire de Gaius sur l'édit provincial et dans les Digestes de Julien (*Pal.*, 173-179 ; 211-222). Il n'a pas eu de peine à en conclure : d'abord, que, l'édit n'ayant pas pu donner les formules du gage à deux endroits différents où elles auraient été commentées à deux reprises par tous les interprètes, il devait contenir, à l'un des deux endroits, la formule d'un moyen encore en vigueur à son époque et à celle des commentaires, disparu à celle de Justinien et

1. *Conditions de validité.* La convention de fiducie étant une convention conclue entre un aliénateur et un acquéreur relativement à la chose aliénée, ses conditions d'existence se rapportent naturellement à l'aliénation, qui est son élément matériel, et à la convention, qui est son élément intentionnel, donc aux deux points de savoir à quelles aliénations elle peut se joindre et quels arrangements relatifs à la chose elle peut avoir pour objet[1].

Quant aux aliénations, la convention de fiducie ne peut évidemment s'adjoindre qu'aux aliénations volontaires : l'aliénateur et l'acquéreur ne peuvent convenir que l'acquéreur se dépouillera de la chose dans un cas donné que si l'aliénation a lieu par le concours de leurs volontés. Mais il n'est pas sûr que les trois modes volontaires d'aliéner, mancipation, *in jure cessio* et tradition, comportent indifféremment son apposition : la mancipation et l'*in jure cessio* peuvent être accompagnées d'une convention de fiducie, d'après les témoignages des jurisconsultes et des inscriptions[2] ; au contraire la tradition avec fiducie n'est signalée

dont les règles fussent assez voisines de celles du gage pour que la transposition des textes de l'un à l'autre ne fût pas trop difficile ; ensuite que ce moyen était précisément l'action née de la fiducie qui dans une de ses fonctions servait comme le gage à donner une sûreté réelle à un créancier. Et l'examen individuel des fragments qui, malgré les retouches, ont gardé des vestiges de leur ancienne destination et dont plusieurs se rapportent aux autres fonctions de la fiducie, montre nettement que c'est au second endroit que l'édit s'occupait de la fiducie à côté du dépôt ; en sorte que, sauf de rares exceptions venant de digressions des auteurs, tous les fragments du second groupe qui parlent aujourd'hui du gage (ou encore de certaines matières voisines de la fiducie) se rapportaient dans leur première forme à la fiducie. Les renseignements nouveaux fournis à la fois par les inscriptions et par la découverte de Lenel ont un peu vieilli la littérature antérieure ; en même temps, ils ont été le point de départ d'un certain nombre de travaux qu'on trouvera relevés dans les deux monographies de M. Oertmann, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, 1890, et de M. Jacquelin, *De la Fiducie*, Thèse Paris, 1891, mais auxquels il faut encore ajouter aujourd'hui les observations de M. Gradenwitz, *Zeitschrift* de Grünhut, 18, 1895, p. 349-353, l'étude de M. Pernice, *Labeo*, 3, 1, pp. 128-146, l'article *Fiducia* de M. Manigk, dans Pauly-Wissowa, et les observations de M. Lenel, *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 344-354.

1. Il n'y a pas, à proprement parler, de conditions de forme à moins qu'on n'entende par là la nécessité d'une mancipation ou d'une *in jure cessio*. On a, surtout autrefois, considéré la convention de fiducie comme une clause de la mancipation obligatoire en vertu de la règle *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto*. Mais on sait déjà que cette règle a un sens tout différent (p. 294, n. 1). De plus il est aujourd'hui établi par les deux inscriptions citées p. 559, n. 2, que le pacte de fiducie n'est pas une portion intégrante de la mancipation, mais une convention séparée qui se juxtapose à l'aliénation d'une manière un peu analogue à celle dont elle le fait dans le *mutuum* et les contrats innommés. L'inscription de Bétique paraît indiquer qu'au moins à son époque la mancipation pouvait y renvoyer ; mais les deux inscriptions montrent que l'aliénation et la convention de fiducie sont deux actes absolument distincts, rapportés l'un après l'autre dans les titres.

2. Mancipation : inscriptions citées, p. 559, n. 2 ; Boèce sur Cicéron, *Top.*, 10, 41 (p. 531, n. 2). Mancipation et *in jure cessio* : Gaius, 2, 59. 3, 201 ; Isidore, *Orig.*, 5, 23 (p. 531, n. 4).

par aucun texte et l'on admet généralement, avec raison à notre sens, qu'il ne peut pas y en avoir [1].

L'engagement pris par l'acquéreur avec fiducie est, d'après les textes les plus connus, un engagement de retransférer la propriété à l'aliénateur [2], et, en partant de là, l'aliénation fiduciaire peut servir à réaliser soit un nantissement (*fiducia cum creditore*), soit un dépôt ou un prêt à usage (*fiducia cum amico*) [3]. Dans la fonction la plus pratique et dont il y a le plus d'exemples, elle sert à donner une sûreté réelle à un créancier, à lui transférer à titre de sûreté la propriété d'une chose qu'il devra rendre après avoir été désintéressé [4]. Elle pouvait aussi, d'après des textes formels, servir à réaliser un dépôt, à remettre la chose en garde à une personne de confiance, qui, étant propriétaire, avait pour la défendre contre les usurpations des tiers toutes les armes de la propriété [5], et, quoique ce dût être peu fréquent en pratique, elle pouvait aussi logiquement servir à réaliser un prêt à usage [6]. Mais il est très

1. L'existence de la convention de fiducie ne concorderait pas bien avec le caractère primitif de la tradition, acte concret qui ne transfère la propriété qu'en vue d'une juste cause, et c'est pour l'exclure par cette raison, cependant moins bonne depuis que la cause est la simple intention abstraite d'aliéner et d'acquérir (p. 301, n. 2), que Paul (p. 300, n. 1) dit que la propriété ne peut être transférée par une *nuda traditio*, mais seulement en vertu du fait qui la colore. En tout cas, il n'y a pas un texte sûr qui parle d'une tradition fiduciaire (sur Cicéron, *Pro Flacco*, 21, 51, et Papinien, *D.*, 33, 10, *De supp. leg.*, 9, 2, invoqués dans le sens d'une extension aux pérégrins et aux *res nec mancipi*, v. Pernice, pp. 142-145). Enfin la meilleure preuve que la tradition n'a jamais comporté l'apposition d'une convention de fiducie est à notre sens dans la disparition de la fiducie du droit de Justinien, où cependant elle aurait toujours gardé une partie de ses utilités pratiques (par exemple en matière de nantissement), mais où elle a été entraînée dans la désuétude de la mancipation et de l'*in jure cessio*, précisément parce qu'elle ne pouvait se greffer que sur elles.

2. Boèce, sur Cicéron, *Top.*, 10, 41 : *Fiduciam accepit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet.*

3. Gaius, 2, 60 : *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico quo tutius res nostrae apud eum sint.*

4. Cette fonction de l'aliénation fiduciaire est visée par les deux inscriptions citées, p. 529, n. 5, par Gaius, 2, 60 (n. 3), par Paul, *Sent.*, 2, 13, par Isidore, *Orig.*, 5, 23 : *Fiducia est cum res aliqua sumendae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur* et par de nombreux textes du Digeste rapportés dans leur forme actuelle au gage. M. Kuebler, *Mélanges Girard*, 2, pp. 43-61, en a découvert un exemple curieux (aliénation fiduciaire consentie par le mari à la femme en garantie de la restitution de la dot) dans Cicéron, *Pro Caecina*, 4, 11, et a été ainsi conduit à chercher s'il n'y a pas dans le Digeste d'autres textes relatifs à la même hypothèse (cf. *D.*, 20, 4, 1 ; 20, 6, 11 ; 24, 1, 7, 6 ?).

5. Gaius, 2, 60. Boèce sur Cicéron, *Top.*, 10, 41, suite : *Velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat.* V. aussi les deux textes cités, n. 6.

6. Cette fonction de la fiducie correspondant à celle du dernier contrat réel nommé n'est pas attestée par des témoignages directs. Mais elle est commandée par la logique, elle rentre dans la définition de Boèce, et elle paraît bien établie par le témoignage indirect de deux textes visiblement interpolés où l'on a remplacé la mention de la fiducie par celle des trois contrats de dépôt, de gage et de commodat : Pomponius, *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 6 (Lenel, 726) et Africain, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 31 (Lenel, 108).

vraisemblable qu'elle sert encore, en droit classique, à d'autres fonctions moins connues, plus tard remplies par le mandat ou par les contrats innommés, ainsi à réaliser une donation à cause de mort en transférant la propriété à une personne qui s'engage à la retransférer si elle ou ses descendants meurent avant le donateur[1]; ainsi peut-être à rendre obligatoire une convention de restitution de dot[2]; puis à réaliser une donation par personnes interposées en transférant la propriété à une personne qui s'engage à la retransférer non pas à l'aliénateur, mais à un tiers[3]; enfin à transférer à un tiers la propriété d'un esclave qu'il s'engage à affranchir soit immédiatement, soit dans un certain délai[4].

2. *Effets*. Celui qui avait aliéné sa chose avec convention de fiducie ne devait pas avoir, à l'origine, d'action en exécution de la convention. Il s'était confié à la loyauté de son acquéreur, comme firent plus tard les premiers auteurs de fidéicommis à cause de mort. Si sa confiance était trompée, il ne pouvait s'en prendre qu'à lui-même.

Il n'avait d'autre garantie que la garantie morale qui résultait de la publicité du transfert de propriété, en tant qu'elle était accompagnée de la publicité de son but[5], et qu'aussi une certaine facilité légale à recouvrer la propriété de la chose, par cela seul qu'elle se trouvait rentrer en sa possession : l'*usureceptio fiduciae*, qui procède par un an, sans juste titre ni bonne foi, par cela seul que la chose est revenue entre ses mains, à

1. Papinien, *D.*, 39, 6, *De m. c. d.*, 42 (Lenel, 702). Sur l'interpolation de ce texte déjà relevée par Keller, *Z. G. R.*, 12, p. 400 et ss., v. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 264, n. 1. Appleton, *Histoire de la compensation*, 1895, pp. 326-331.

2. On a rapporté à cela Ulpien, *D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 29, 1 (v. Jacquelin, p. 376 et s.) et Maximin, *C.*, 5, 12, *De j. dot.*, 6 (v. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 279, n. 3).

3. Marcellus, *D.*, 24, 1, *De d. int. vir. et ux.*, 49 (Lenel, 90). Cf. Pernice, p. 136.

4. La *fiducia manumissionis* qu'on ne connaissait antérieurement que dans le droit de famille — où elle fonctionne par exemple dans la *coemptio fiduciaria*, p. 155, dans l'adoption, p. 176, et dans l'émancipation ordinaire, p. 192, à côté de la *fiducia remancipationis causa* de l'adoption, p. 177, n. 2, et de l'émancipation, p. 193, n. 5, — est peut-être l'institution sur laquelle les textes du Digeste récemment restitués à la fiducie ont apporté le plus de lumières. Nous citerons seulement ici un texte qui montre que, comme la *fiducia cum amico* (v. le texte de Marcellus, cité n. 3), cette *fiducia* était révocable au gré de l'aliénateur et pouvait se rapporter à une époque postérieure à sa mort : Gaius, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 27, 1, dont l'interpolation se trouve prouvée directement en dehors de l'ordre des commentaires ; car Gaius, *Inst.*, 3, 158, n'admet pas que le mandat duquel le font parler les compilateurs pût être donné *post mortem*. Cf. A. Pernice, p. 129. Sur les diverses règles de la *fiducia manumissionis*, v. le même, pp. 128-135.

5. Cela résultait de la formule, quand l'acquéreur disait, comme paraît supposer la table de Bétique, acquérir *fidei fiduciae causa*. D'autre part, même sans cela, le prix d'un sesterce indiquait tout au moins qu'il y avait donation, aliénation fiduciaire ou aliénation sans garantie (p. 293, n. 1 ; p. 294, n. 2). Enfin le titre de Pompéi paraît prouver qu'en matière de *fiducia cum creditore* on déclarait acquérir *ob sestertios 1450*, c'est-à-dire pour la dette garantie, tandis que, dans une mancipation faite en vertu d'une vente, on aurait déclaré par exemple acquérir *sestertiis 1450*, c'est-à-dire pour le prix de vente.

moins que le tiers, qui l'a reçue en nantissement et qui n'est pas encore remboursé, n'ait eu la précaution de la lui remettre à louage ou à précaire[1]. Il avait en outre la ressource qui appartient à quiconque veut rendre un pacte obligatoire, celle de faire un contrat verbal[2]. Mais, en dehors de là, la convention de fiducie a, croyons-nous, continué pendant très longtemps à ne donner aucune action en exécution. On admet souvent qu'elle en aurait donné une, dès le temps de la domination exclusive des Actions de la loi. C'est à tort, à notre sens[3]; les actions qui la sanctionnent n'ont pu naître qu'après l'introduction de la procédure formulaire[4].

1. Gaius, 2, 59. 60. C'est aussi à cela que se rapporte l'un des textes très mal transportés au gage, qui montrent directement la portée originaire du second groupe de fragments des commentaires : Julien, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 16 (Lenel, 217). Ce texte est incompréhensible dans sa forme actuelle, où il déclare que la concession à précaire empêchera le constituant du gage d'usucaper ; car, d'une part, le constituant, étant resté propriétaire, n'a pas à reconquérir sa propriété sur le créancier gagiste qui ne l'a pas acquise, et d'autre part, il ne peut reconquérir la liberté de la chose grevée par une usucapion qui ne s'applique pas à l'hypothèque et pour laquelle d'ailleurs il serait de mauvaise foi. La solution du texte ne peut se rapporter qu'à une opération où celui qui a constitué la sûreté a aliéné la propriété de la chose, de sorte qu'il a besoin de l'usucaper, et où l'usucapion peut procéder malgré sa mauvaise foi, de sorte que, pour empêcher cette usucapion, il faut concéder la chose à précaire. C'est précisément le cas de l'aliénation fiduciaire et de l'*usureceptio*.

2. Les mots cités par Cicéron, *De off.*, 3, 17, 70 : *Uti ne propter te fidemve tuam fraudatus siem* sont probablement, comme l'a supposé M. Mommsen, *Z. S. St.*, 6, 1885, p. 274, n. 1 = *Ges. Schr.*, 3, p. 143, n. 1, un fragment de la formule de ce contrat verbal.

3. Tout au plus pourrait-on se demander si, quand l'aliénation se trouvait sans cause, par le changement de volonté de l'aliénateur dans la *fiducia cum amico*, par le paiement de la dette dans la *fiducia cum creditore*, l'aliénateur n'avait pas pour demander la restitution une action en répétition, une *condictio*. M. de Savigny, *Traité*, 5, p. 555, suivi par M. Jacquelin, p. 140, p. 215 et ss., a cru voir cette *condictio* dans *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 4, 1.

4. Cela résulte pour elle de deux arguments que nous avons déjà signalés, *N. R. H.*, 1897, pp. 254-256 (Girard, *Mélanges*, 1, pp. 72-74 ; cf. pp. 153-158. 172-174). 1° L'*actio fiduciae* est une action de bonne foi (p. 534, n. 3) : or, selon Cicéron, *De off.*, 3, 15, 61, *dolus erat vindicatus... sine lege judiciis in quibus additur ex fide bona*. Cela signifie, dans la traduction la plus naturelle (Dernburg, *Compensation*, 2e édit., 1868, p. 50, n. 3 ; Karlowa, *Legisactionen*, 1870, p. 128 ; Krueger, *Hist. des sources*, p. 59, n. 1), que ces *judicia* existent *sine lege* ; et alors ils ne peuvent dater que de la loi Aebutia ; car, d'après Gaius, 4, 11, toutes les actions du temps des Actions de la loi étaient *legibus proditae* ; mais ils ne peuvent non plus en réalité dater que d'alors si on adopte une autre traduction proposée à titre d'expédient (Arndts, *Gesammelte Schriften*, 1, 1873, p. 403 et ss. ; Ubbelohde, *Zur Gesch. d. benannt, Realcontracte*, p. 81), selon laquelle ils signifieraient que le dol y est réprimé *sine lege* en vertu des mots de la formule *ex fide bona* ; car alors ces mots se trouveraient sans loi dans l'action et les Actions de la loi sont, d'après le même texte de Gaius, *ipsius legis verbis accomodatae*. Le seul expédient, que n'appuie aucun indice, serait d'admettre que les mots *ex fide bona* auraient été incorporés dans le formulaire de l'action après la loi Aebutia. Mais ici cette ressource dernière elle-même manque à cause du second argument. — 2° L'action *fiduciae* a, à côté de sa formule de bonne foi *in jus*, une formule prétorienne *in factum* (p. 534, n. 1). On voyait autrefois dans cette formule

En revanche, elle a été sanctionnée très peu de temps après la loi Aebutia, d'abord par l'édit du préteur qui donne à l'aliénateur une action infamante *in factum* [1], puis par le droit civil lui-même qui, dès le temps de Q. Mucius Scaevola, consul en 659 [2], fit de la convention de fiducie un véritable contrat synallagmatique imparfait sanctionné par des actions de bonne foi directe et contraire ; l'action *fiduciae directa* en reddition de compte, également donnée à l'aliénateur [3], et l'action *fidu-*

une singularité accidentelle des deux actions de dépôt et de commodat et on la considérait alors comme une variante exceptionnelle, employée à la place de la formule *in jus*, dans quelques cas particuliers, pour satisfaire à certains besoins incidents, par exemple pour permettre d'agir au fils de famille (p. 145, n. 4) ; mais les recherches sur l'édit ont démontré qu'elle se rencontre non seulement en matière de dépôt et de commodat, mais dans notre matière, dans celle du gage, dans celle du mandat, dans celle de la gestion d'affaires et que, tout au moins dans les cas les mieux connus, c'est elle qui occupe la première place dans l'édit et dans les commentaires ; elle ne peut plus alors être considérée que comme la formation première à laquelle est venue ensuite se juxtaposer à titre auxiliaire et en vue d'avantages propres la formule *in jus* ; elle est la plus ancienne ; or, Gaius, 4, 11, nous dit encore que les actions rédigées *in factum* n'existaient pas au temps des Actions de la loi : il prouve donc que les actions qui ont les deux formules n'ont pu être créées qu'après la loi Aebutia. V. en sens contraire, en dernier lieu, Lenel, *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 344-354.

1. Caractère infamant : *Lex Julia* de 709, ligne 111 : Gaius, 4, 182. — L'existence de cette formule contenant la clause *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* (Cicéron, *Top.*, 17, 66. *De off.*, 3, 15, 61. 17, 70) et, nous semble-t-il, assez voisine de la formule des actions prétoriennes *in bonum et aequum conceptae*, a été démontrée par Lenel, dont les arguments ne nous paraissent pas avoir été réfutés par A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 124, et Karlowa, *R. R. G.*, 2, 2, p. 561. — C'est sans doute à elle que se rapportent certains textes qui paraissent faire allusion à des difficultés relatives aux droits résultant, pour les héritiers de l'aliénateur, d'une clause particulière (Paul, 2, 7, 15 ; Pomponius, *D.*, 13, 7, *De P. A.*, 8, 2 : Lenel, 799 ; transmissibilité générale : Paul, 2, 13, 6 ; Gaius, 2, 220). — Une clause spéciale paraît y avoir visé la fraude du *paterfamilias* dans le cas de fiducie contractée avec une personne en puissance par les mots : *Et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est* : Ulpien, *D.*, 15, 1, *De pec.*, 36 : Lenel, 48 (cf. *D.*, 13, 6, *Commod.*, 3, 5, qui prouve que cette addition n'existait pas dans l'action de gage commentée par Julien, *Dig.*, *lib.* 9). Ce texte est le principal argument invoqué pour soutenir que l'*actio fiduciae* se serait déjà intentée par une *legis actio* contenant la formule analogue de Cicéron, p. 533, n. 2 : Lene, *Edictum*, p. 284, n. 5 (*Edit*, 2, p. 8, n. 2). *Z. S. St.*, 30, p. 346 ; Pernice, p. 122, n. 2. Mais ce passage d'une *legis actio* à une formule ne serait admissible qu'à condition que la formule fût une formule civile *in jus* ; il est impossible d'une *legis actio* à une formule *in factum*, comme celle dont M. Lenel a établi l'existence ; au contraire on comprend sans peine que la formule prétorienne présente des réminiscences de la terminologie pratique.

2. Cicéron, *De off.*, 3, 17, 70 : *Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim esse dicebat in omnibus his arbitriis in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis societatibus fiduciis mandatis rebus emptis venditis conductis locatis quibus vitae societas continetur* ; *in iis magni esse judicis statuere, praesertim cum in plerisque essent judicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

3. L'existence de cette seconde formule *in jus* paraît impliquée par le caractère de bonne foi de l'*actio fiduciae* : Q. Mucius Scaevola, n. 2 ; Gaius, 4, 52. — Que l'action fût intentée par une formule ou l'autre, les droits qu'elle sanctionnait

ciae contraria en indemnité du préjudice causé par l'exécution de la convention, donnée à l'acquéreur[1]. La convention de fiducie est restée pratique jusqu'après la fin de la période des jurisconsultes classiques. Elle n'a disparu que par contre-coup de la désuétude de la mancipation et de l'*in jure cessio*[2].

II. Commodat, dépôt, gage. — L'aliénation fiduciaire, employée à réaliser un dépôt, un prêt à usage ou un nantissement, a présenté, de tout temps, aussi bien depuis l'admission de l'action *fiduciae* qu'auparavant, des inconvénients évidents pour celui qui y jouait le rôle d'aliénateur. Ayant aliéné, il n'avait plus sur sa chose ni droit de suite ni droit de préférence ; il avait seulement un droit de créance sanctionné par l'action *fiduciae* depuis la création de cette action. Si le dépositaire, l'emprunteur avait aliéné la chose contrairement au contrat, si le créancier auquel elle avait été donnée en nantissement l'avait aliénée sans

étaient tout d'abord déterminés par les clauses de la convention. Nous aurons l'occasion de revenir sur celles de la *fiducia cum creditore*, en étudiant l'aliénation fiduciaire comme procédé de sûreté réelle. Nous avons déjà vu que l'action résultant de la *fiducia manumissionis causa* ou de la *fiducia cum amico* peut être intentée même à raison de clauses insérées dans l'intérêt des tiers et aussi au moins en principe (même dans le commodat ?) au moment que veut l'aliénateur, puisqu'il a le droit de révoquer. Dans les deux, l'acquéreur est tenu de son dol et de sa faute, mais on discute si la faute s'apprécie partout selon le même type ou selon des types différents d'après le caractère concret de l'opération réalisée par aliénation fiduciaire (v. dans le premier sens, Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 139, n. 2 ; dans le second, Heck, *Z. S. St.*, 10, 1889, p. 126). On discute aussi si l'*actio fiduciae* donnée au cas de *fiducia cum amico* et de *fiducia manumissionis causa* ne peut être étendue aux applications symétriques du droit des personnes. Elle y est écartée par deux textes, Papinien, *Coll.*, 2, 3, 1 ; Labéon, chez Paul, *D.*, 1, 7, *De adopt.*, 34, que les uns considèrent comme l'expression de la règle et les autres comme des dérogations spéciales.

1. Paul, *Sent.*, 2, 13, 7. Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 22, 3. 4 ; 24, *pr.* : Lenel, 903. L'utilité de cette action est la même ici qu'en matière de gage, de dépôt et de commodat (p. 539, n. 1). On pourrait comme là se demander si elle n'a jamais eu de formule *in factum* (p. 537, n. 1).

2. La *fiducia cum creditore*, qui fut celle qui subsista le plus longtemps à cause des avantages supérieurs à ceux du gage et de l'hypothèque qu'elle présentait pour le créancier, est, admet-on généralement, encore visée, en l'an 395, dans la constitution d'Honorius et Arcadius, *C. Th.*, 15, 14, *De infirmandis quae sub tyrannis*, 9 : *Pignoris atque fiduciae obligatio perseveret*. En revanche les textes qui, jusqu'à une époque avancée du moyen âge, continuent à parler de fiducie (cf. Kohler, *Pfandrechtliche Forschungen*, 1882, pp. 80-89), n'entendent certainement par là, à partir d un certain moment, qu'une sûreté quelconque. Cf. Savigny, *Hist. du dr. rom.*, 2, p. 142, n. *d*. Le point douteux est de savoir à partir de quand il en est ainsi. Parmi les documents postérieurs à 395, où l'on a cru retrouver l'aliénation fiduciaire romaine, le plus vraisemblable nous paraîtrait le papyrus de Ravenne de 453 environ, Marini, *Papiri diplomatici*, 1805, p. 73, cité par M. Kohler, p. 80, où il est question d'un fonds *quem Tranquillus quondam sub certa depectione fiduciae nexu obligaverat*. Sur une autre allusion moins nette de la lettre de Sidoine Apollinaire citée p. 527, n. 2 (*nil quidem loco fiduciae pignorisque vel argenti sequestrans vel obligans praediorum*), cf. Esmein, *Mélanges*, p. 381 et ss.

que le contrat le lui permît, l'aliénation était valable, la chose ne pouvait être réclamée au tiers acquéreur. Si l'acquéreur avec fiducie devenait insolvable, l'aliénateur ne pouvait non plus la reprendre pour la soustraire aux créanciers ; car il n'était pas propriétaire, il n'était, avec son action en reddition de compte, qu'un créancier comme les autres. Cela dut conduire de bonne heure à essayer de réaliser les mêmes opérations dans les formes qui sont celles des trois contrats modernes de dépôt, de commodat et de gage et dont le caractère est précisément de ne pas déplacer la propriété, de déplacer seulement la détention, dans le dépôt et le commodat, la possession, dans le gage. Il n'y a jamais eu d'obstacle à ce qu'on remît une chose à autrui, tout en restant propriétaire, en le chargeant de la garder ou en l'autorisant à s'en servir ; tout au moins depuis une certaine époque, il n'y en a pas eu à ce qu'on remît à une personne la possession d'une chose à titre de sûreté [1].

Sans doute la convention qui accompagnait cette remise de la détention ou de la possession n'a pas été immédiatement munie d'action. Mais cela n'empêchait pas l'auteur de la remise d'avoir une protection. Il n'en avait pas sur le terrain contractuel, en vertu de sa convention, à moins qu'il ne l'eût transformée en contrat verbal. Mais il avait une protection sur le terrain du droit commun. A la différence de l'aliénateur avec fiducie, il reste propriétaire et par conséquent il a les droits attachés à la propriété. Il peut reprendre sa chose, comme propriétaire, par la revendication, s'il ne peut la reprendre, comme créancier, par une action personnelle. En outre, il peut avoir certaines actions délictuelles : l'*actio furti*, si l'*accipiens* a voulu s'approprier la chose ; depuis la loi Aquilia, l'action *damni injuria dati*, s'il l'a détériorée ; il a même, en matière de dépôt, une action pénale spéciale, une action au double établie, nous apprend un texte, par les XII Tables contre le dépositaire infidèle [2]. Et on conçoit donc que ces conventions aient pu vivre longtemps dans la pratique avant d'être la source d'actions contractuelles distinctes.

Cependant ici encore la création d'actions propres naissant de la convention, de véritables actions contractuelles devait être un progrès : d'abord pour le *tradens*, parce que la revendication lui était donnée contre l'*accipiens* comme contre tout tiers détenteur, à condition qu'il eût la chose entre les mains, tandis que, dans l'action contractuelle, cet *accipiens* est débiteur de la chose, est obligé de la rendre, à moins de prouver

1. A vrai dire cette sûreté n'existe juridiquement que depuis la reconnaissance des interdits, avant laquelle le gagiste n'avait aucune voie de droit, et même que depuis l'introduction de la procédure formulaire, avant laquelle il n'aurait pas eu d'exception contre la revendication du propriétaire (Gaius, 4, 108).

2. Paul, *Coll.*, 10, 7, 11 : *Ex causa depositi ex lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.* Cette action ne peut être l'action du contrat qui n'existe pas encore en 709 (p. 538, n. 2). Ce doit être une action pénale fondée sur le délit du dépositaire infidèle.

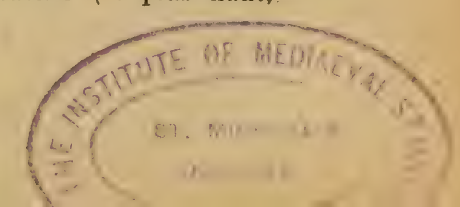
qu'elle a péri sans sa faute ; parce que les actions délictuelles nées du vol et de la loi Aquilia sont intransmissibles passivement, ne répriment que les actes positifs, tandis que les actions contractuelles passent contre les héritiers, permettent de demander compte même des abstentions coupables ; — ensuite et surtout pour l'*accipiens*, qui antérieurement était absolument désarmé, qui n'avait aucune voie de droit pour demander à l'autre de respecter la convention et qui au contraire va désormais pouvoir se plaindre de la violation du contrat, invoquer les droits qu'il en tire soit par sa propre action, soit sur l'action intentée contre lui par l'autre partie.

Comme en matière de fiducie, le mouvement a commencé par des dispositions de l'édit du préteur donnant à l'auteur du dépôt, au préteur à usage, à celui qui avait constitué le gage des actions *in factum* en restitution [1] et il a été achevé par le droit civil qui a fait des conventions de gage, de dépôt et de commodat des contrats synallagmatiques imparfaits sanctionnés par des actions de bonne foi directe [2] et contraire [3]. Mais il

1. L'existence des formules *in factum* est attestée pour le dépôt et le commodat par Gaius, 4, 47, qui reproduit la formule de dépôt *in factum* : *Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eumque dolo malo N. Negidi A. Agerio redditam non esse, qnanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvito.* Mais elle a aussi été établie pour le gage par les travaux de Lenel sur l'édit, *Edictum*, § 99 ; et les mêmes travaux ont démontré pour les trois contrats que c'est la formule *in factum* qui a été la formule la plus importante, celle sur laquelle les commentaires font la théorie du contrat. C'est la réfutation des doctrines anciennes qui essayaient d'expliquer la formule *in factum* comme un complément accidentel de la formule *in jus* admis par exception pour quelques cas particuliers et c'est la preuve qu'elle est au contraire la formule principale, la plus ancienne, à côté de laquelle la formule *in jus* a été un progrès. Ce qu'on pourrait plutôt se demander, c'est si, pour les actions contraires elles-mêmes, les formules *in jus* n'ont pas été précédées par des formules *in factum* dont il y a, verrons-nous, quelques traces, par ex. pour le mandat et pour la gestion d'affaires.

2. L'existence de la formule *in jus* est attestée pour le dépôt et le commodat par Gaius, 4, 47, qui donne la formule du dépôt : *Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A... Agerio dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N. Negidium A. Agerio condemnato* [*N. R.* ajoute le ms.], *si non paret absolvito.* Elle ne paraît pas plus douteuse pour le gage, qui est également devenu un contrat de bonne foi. C'est par la création de cette action *in jus* que les trois opérations, antérieurement sanctionnées sur un terrain mal défini par les actions prétoriennes *in factum*, sont devenues de véritables contrats.

3. On admet généralement avec raison que les actions *contrariae* sont moins anciennes que les actions *directae*. V. en ce sens Wlassak, *Negotiorum Gestio*, 1879, p. 195, Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 257, et Cicéron, *De off.*, 3, 17, 70 ; Ulpien, *D.*, 27, 4, *De contr. jud.*, 1, 8 (cf. pourtant sur les deux textes, Partsch, *Negotiorum Gestio*, 1, 1913, pp. 50 et 54). Il est probable aussi que les droits qu'elles sanctionnent n'ont été sanctionnés par elles sur le terrain de l'attaque qu'après l'avoir été d'abord uniquement sur celui de la défense, par des exceptions et un droit de rétention. V. en ce sens : Wlassak, en sens contraire, Pernice. Elles n'auraient même guère apparu que vers le temps de Justinien si l'on adoptait partout une idée émise par M. Partsch en matière de tutelle (v. plus haut,


INSTITUTE OF MEDIAEVAL

s'est accompli plus tardivement qu'en matière de fiducie. Les actions de gage, de dépôt et de commodat, qui, à notre sens, sont, comme l'action de fiducie, nécessairement postérieures à la loi Aebutia[1], paraissent en outre être encore inconnues au temps de César, en l'an 709, date de la loi Julia[2]. Au contraire les trois conventions semblent déjà devenues obligatoires très peu après, au temps d'Auguste et même probablement du triumvirat[3] et elles sont toutes trois sanctionnées par des actions de bonne foi au temps de Gaius, mais ce dernier progrès paraît avoir été plus tardif pour le gage et le commodat que pour le dépôt[4].

Les trois contrats de gage, de dépôt et de commodat se ressemblent : 1° quant à leur mode de formation, en ce que ce sont tous trois des contrats réels qui supposent pour leur naissance une remise matérielle de la chose, mais non, à la différence du *mutuum* et de la fiducie, une translation de propriété[5] ; 2° au point de vue de leurs effets, en ce que ce sont

p. 221, n. 5), selon laquelle il y aurait eu à l'époque classique uniquement un *judicium contrarium*, constituant non pas une action indépendante, mais un remaniement de la formule de l'action directe permettant au juge, quand cette action est intentée et seulement alors, de statuer sur les prétentions des deux parties et de condamner l'une ou l'autre. Mais des textes de jurisconsultes classiques qui n'ont pas été jusqu'à présent suspectés d'interpolation sous ce rapport affirment l'existence du droit d'agir indépendant, précisément dans les matières du commodat (Gaius, *D.*, 13, 6, *Comm.*, 18, 4), du gage (Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 9, *pr.*) et du dépôt (Ulpien, *D.*, 16, 3, *Dep.*, 5, *pr.*), comme du reste aussi dans celle de la fiducie (Pomponius, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 8, *pr.* : Lenel, 799).

1. Les raisons sont les mêmes (p. 533, n. 4) : ce sont aussi des actions de bonne foi, qui n'ont pu exister *sine lege* avant la loi Aebutia, et leur formule la plus ancienne est une formule *in factum* qui n'a pu être créée par le préteur qu'après la loi Aebutia.

2. En effet, elles doivent être toutes trois à peu près contemporaines et l'*actio depositi directa*, qui est infamante (p. 540, n. 10), ne figure pas dans l'énumération des actions infamantes de la loi Julia de 709, ligne 111. Les actions de bonne foi de dépôt, de gage et de commodat ne figurent pas non plus dans les énumérations d'actions de bonne foi de Q. Mucius Scaevola (p. 534, n. 2), ni même de Cicéron, *De nat. deor.*, 3, 30, 74. *Pro Caec.*, 3, 7. *Top.*, 17, 66. V. en sens contraire, Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 601-611. Le seul texte qui puisse faire hésiter est une citation faite par Ulpien de Q. Mucius Scaevola sur la responsabilité des fautes dans le commodat (*D.*, 13, 6, *Commod.*, 5, 3). Mais il est possible qu'Ulpien ait rapporté au contrat nouveau de commodat ce que Q. Mucius disait du prêt réalisé par une aliénation fiduciaire et déjà sanctionné de son temps par une action et on a encore proposé d'autres explications (v. Segré, *Studi Fadda*, 6, 1906, p. 355, n. 3).

3. V. les textes d'Alfenus Varus, cos. 715, d'Ofilius, contemporain de César et de Cicéron, de Cascellius, préteur probablement pendant le triumvirat, et du contemporain de César et d'Auguste Trebatius, chez Ubbelohde, pp. 78-79.

4. V. à ce sujet les arguments produits par M. Segré, *Studi Fadda*, 6, 1906, pp. 333-390. On ne s'expliquerait pas par ex. que le commodat et le gage (Lenel, §§ 98, 99 ; *Textes*, p. 151) n'aient pas été placés dans le titre des actions de bonne foi de l'édit comme le dépôt (Lenel, § 106 ; *Textes*, p. 152) s'ils avaient été munis d'actions de bonne foi au même temps que lui.

5. En conséquence, ils peuvent être valablement faits *a non domino* et le *tradens* aura l'action du contrat (commodat : *D.*, 13, 6, *Comm.*, 15 ; dépôt : *D.*, 16, 3, *Dep.*, 1, 39 ; gage : *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 9, 4), mais naturellement le con-

tous trois des contrats de bonne foi, synallagmatiques imparfaits, faisant naître immédiatement au profit du *tradens* une créance de restitution de la chose même qui a été remise, sanctionnée par l'*actio commodati, depositi, pigneraticia directa*, et pouvant faire naître après coup au profit de l'*accipiens* une créance d'indemnité qu'il a la faculté de faire valoir soit sur l'action en restitution du *tradens*, soit par une action distincte lui appartenant à lui-même, par l'*actio commodati, depositi, pigneraticia contraria* [1].

Leurs différences tiennent à la destination économique distincte des trois opérations.

1. *Commodat* [2]. Le prêt à usage (*commodatum*, anciennement *utendum datum* [3]) est dans le domaine des droits personnels ce que le *jus utendi* est dans celui des droits réels. Il a pour but de permettre à l'*accipiens* de retirer un certain usage d'une chose qu'on lui remet gratuitement à cette fin, en général d'un meuble, mais aussi au besoin d'un immeuble et, même si les parties le veulent, de *res quae pondere numero mensurave constant*, qui font plutôt l'objet d'un prêt de consommation, d'un *mutuum*, mais qui peuvent aussi faire celui d'un prêt à usage, quand on les prête à quelqu'un qui devra les rendre *in specie*, par exemple quand on prête des sacs d'argent ou des monnaies précieuses à un banquier, à un changeur qui désire en décorer sa caisse ou son étalage (*ad pompam vel ostentationem*) [4].

Le commodataire est débiteur d'un corps certain qu'il est obligé de rendre à l'échéance sauf au cas de perte par cas fortuit. Il est responsable de la perte totale ou partielle survenue non seulement par son dol, mais par sa faute, qu'on apprécie sur le type abstrait de la faute que

trat n'est pas opposable au *verus dominus* et l'*accipiens* est libéré quand il lui a rendu la chose (*D.*, 16, 3, *Dep.*, 31, 1).

1. Le premier moyen, en vertu duquel le juge, si les restitutions en nature n'ont pas lieu, condamne seulement le défendeur au reliquat, pourrait, à première vue, sembler dispenser du second. Mais d'abord il n'a peut-être été admis qu'après lui ; ensuite il aurait été insuffisant ; car il est possible que l'*accipiens* ait à faire valoir des créances et qu'il ne soit pas poursuivi par le *tradens*, par exemple parce que le terme de restitution n'est pas arrivé (créancier gagiste non payé) ; parce que la chose a péri par cas fortuit après la dépense ; parce que la créance, résultant de dépenses successives, venant d'autres chefs, dépasse la valeur de la chose. Cf. Gaius, *D.*, 13, 6, *Commod.*, 18, 4. Pomponius, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 8, *pr.* (originairement relatif à la fiducie, Lenel, 799). — Le droit de retenir la chose jusqu'à parfait remboursement, qui lui était également accordé dans le commodat (*D.*, 47, 2, *De furtis*, 15, 2), dans le gage et la fiducie (Pomponius, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 8, *pr.* : Lenel, 799) et, avant Justinien, dans le dépôt (*Coll.*, 10, 2, 6) était insuffisant pour le même motif. — Justinien (*C.*, 4, 34, *Dep.*, 11) enleva au dépositaire ces deux droits.

2. *D.*, 13, 6, *Commodati vel contra*. *Inst.*, *h. t.*, 2. Isidore, *Orig.*, 5, 25, 16. Cf. C. Ferrini, *Archivio*, 52, 1894, pp. 469-499. 53, 1894, pp. 41-73 ; 257-309.

3. *D.*, *h. t.*, 1, 1.

4. *D.*, *h. t.*, 3, 6.

ne commettrait pas un bon administrateur (*culpa, culpa levis in abstracto*)[1]. Il doit aussi ne se servir de la chose que de la manière et dans la mesure où le contrat le lui permet, et, s'il en dispose ou s'il s'en sert autrement, il est tenu de ce chef de l'action *commodati* en réparation du préjudice[2] en même temps que de l'amende du *furtum rei* ou du *furtum usus* ainsi commis par lui (p. 413, n. 4).

En revanche, il a le droit de se servir de la chose, jusqu'au terme fixé, avant lequel le prêteur ne peut la lui réclamer[3], et il a le droit de réclamer d'abord le remboursement des dépenses extraordinaires qu'il peut avoir eu à faire pour la conservation de la chose[4], puis le préjudice qui lui a été causé par les vices de la chose, quand il y a eu de la part du commodant, non pas une faute quelconque, mais un dol auquel le droit récent a assimilé la faute grossière (*dolus, culpa lata*)[5].

2. *Dépôt*[6]. A la différence du commodat qui est fait dans l'intérêt de l'*accipiens*, le dépôt est fait dans celui du *tradens*[7]. La chose est remise par le déposant au dépositaire pour que celui-ci la garde gratuitement. En conséquence, le dépositaire n'a aucun droit de se servir de la chose et engagera sa responsabilité contractuelle en même temps qu'il commettra un *furtum usus*, dès lors qu'il s'en servira d'une manière quelconque[8]; il ne peut pas invoquer le terme couvenu pour refuser de la rendre avant l'échéance[9], et même il encourt les déchéances groupées sous le nom d'infamie, s'il se laisse poursuivre et condamner sur l'action *depositi directa* au lieu de rendre spontanément[10]. En revanche, il n'est responsable que de son dol et de sa faute lourde[11], comme le commodant, parce qu'il rend comme lui un service gratuit. Il sera donc libéré par la perte de la chose dans tous les autres cas[12].

Pour la même raison, il peut, soit par l'*actio depositi contraria*, soit sur l'*actio depositi directa* du déposant, réclamer la totalité de ses

1. *Inst.*, *h. t.*, 2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, 2.
2. *D.*, *h. t.*, 5, 8.
3. *D.*, *h. t.*, 17, 3. C'est la différence la plus saillante avec le précaire révocable *ad nutum* que nous avons vu donner au concédant l'interdit *de precario* (p. 286) et qui a même fini par constituer un contrat innommé.
4. Gaius, *D.*, *h. t.*, 18, 2.
5. Gaius, *D.*, *h. t.*, 18, 3.
6. *D.*, 16, 3, *Depositi vel contra*. *Inst.*, *h. t.*, 3. Cf. L. Rotondi, *R. ital per le Sc. giur.*, 45, 1908, p. 1 et ss. ; *Filangieri*, 1909, n°s 4-5.
7. *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est.* Gratuité : *D.*, 4, 9, *Nautae*, 3, 1.
8. *D.*, *h. t.*, 29, *pr.*
9. *D.*, *h. t.*, 1, 22.
10. Gaius, 4, 182. *D.*, 3, 2, *De his qui not.*, 1. V. pour l'application à la formule *in factum* l'argument tiré par M. Rotondi, *R. ital.*, p. 33, de Gaius, 4, 60.
11. Mais, qu'elle soit positive ou négative, tandis que, sur une action délictuelle, il ne serait tenu que de ses actes positifs.
12. Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 1, 5. Ulpien *D.*, 13, 6, *Comm.*, 5, 2.

dépenses[1] et le préjudice qui lui a été causé par les vices de la chose, non seulement quand il y a dol ou faute lourde du déposant, mais du moment que celui-ci a commis une faute qui n'eût pas été commise par un administrateur diligent[2].

Enfin il faut remarquer sur le dépôt que les règles ordinaires en sont modifiées dans les trois cas : *a*) de *dépôt nécessaire* : c'est le dépôt fait en cas de force majeure, où l'édit du préteur donne contre le dépositaire, qu'on n'a pas été à même de choisir, une action au double au lieu de l'action ordinaire au simple[3] ; — *b*) de *dépôt séquestre* : c'est le dépôt fait par plusieurs personnes d'une chose, en général d'une chose litigieuse, pour qu'elle soit restituée non pas aux déposants, mais à l'un d'entre eux, ainsi, au cas d'un procès, à celui qui le gagnera[4] ; le dépôt séquestre diffère du dépôt ordinaire non seulement en cela, mais en ce qu'il porte aussi bien sur des immeubles que sur des meubles et en ce qu'il donne la possession au séquestre[5] ; — enfin et surtout de *dépôt irrégulier*[6] : le dépôt irrégulier est un dépôt volontaire fait par celui à qui on doit rendre ; mais il porte sur un genre au lieu de porter sur une *species*, par exemple, au lieu de porter sur un sac d'argent cacheté, il porte sur une somme versée ou comptée dont le dépositaire devient propriétaire à charge de restituer une somme égale[7] ; il se rapproche par là très étroitement du *mutuum* ; mais il s'en distingue par la fonction économique, en ce que c'est un dépôt de fonds fait par un particulier chez un capitaliste au lieu d'être un emprunt reçu par un particulier d'un capitaliste, et il en diffère sous de nombreux rapports pratiques tenant à ce qu'il reste un contrat de bonne foi de dépôt, faisant naître les deux

1. *Coll.*, 10, 2, 5.
2. *D.*, 47, 2, *De furtis*, 62 (61), 5.
3. Edit, *D.*, *h. t.*, 1, 1, mal rapporté aux *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 23, d'où l'on a parfois conclu à tort que l'action serait au double seulement contre celui qui nie. Il est, à notre sens, également faux de confondre, comme on le fait aussi très souvent, cette action au double avec l'action au double de la loi des XII Tables que le préteur aurait, dit-on, conservée au cas de dépôt nécessaire et réduite au simple dans les autres. C'est contraire au langage de la *Collatio* (p. 536, n. 2) et à celui de l'édit où le préteur se présente également comme créateur de ses deux actions au simple et au double.
4. *D.*, *h. t.*, 6. Cas ordinaire d'une *controversia* : *D.*, *h. t.*, 17, *pr.* ; autres cas : *D.*, 46, 3, *De solut.*, 39 ; *D.*, 10, 2, *F. E.*, 5. L'édit contenait une formule spéciale pour l'action *depositi sequestraria*. V. Lenel, *Edictum*, p. 281 (*Edit*, 2, p. 3).
5. *D.*, *h. t.*, 17, 1. V. quant à l'effet sur l'usucapion, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 39. Cf. en sens divers, J. Voigt, *Besitz des Sequesters*, 1884, et Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 607-608.
6. Cf. pour la littérature ancienne, Vangerow, 3, § 630 ; Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, 2e édit., 1866, pp. 61-72 et pour la moderne, Naber, *Mnemosyne*, 34, 1905, pp. 59-64 ; Longo, *B. Ist. D. R.*, 18, 1906, pp. 121-156 ; Segré, *B. Ist. D. R.*, 19, 1907, pp. 197-234. Kuebler, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 189-207 ; Rotondi, *B. Ist. D. R.*, 24, 1912, pp. 96-100 ; Collinet, *Etudes historiques*, 1, pp. 114-123.
7. *D.*, 19, 2, *Locati*, 31.

actions *depositi directa* et *contraria*, au lieu d'être un contrat de droit strict de *mutuum*, faisant naître uniquement une *condictio* du prêteur contre l'emprunteur [1].

3. *Gage* [2]. Dans le gage, la chose est remise à titre de sûreté au créancier gagiste. La sûreté consiste précisément dans le droit de garder la chose jusqu'à ce que la dette garantie soit éteinte. Elle serait illusoire si le créancier gagiste était, comme le dépositaire et le commodataire, un simple détenteur, un simple agent de la possession du *tradens* obligé de recourir à lui pour se faire maintenir dans la conservation de la chose quand il serait troublé par des tiers. En se faisant constituer la sûreté, il a voulu une protection indépendante de la volonté du débiteur. Pour lui assurer cette protection, le droit romain le considère comme possédant pour lui-même, comme ne possédant pour le compte du *tradens* qu'au point de vue de la continuation de l'usucapion (*ad usucapionem* [3]). En conséquence, il a, en son nom propre, pour maintenir sa possession, non seulement contre les tiers, mais contre le constituant lui-même, les interdits possessoires, auxquels est même venue s'ajouter, depuis la création de l'hypothèque, une action réelle, l'action hypothécaire. Mais il a, en outre, en vertu du contrat réel de gage qui s'est formé par la remise de la chose, une action personnelle, l'action *pigneraticia contraria* contre le constituant, pour se plaindre des manquements au contrat et pour lui demander indemnité de ses dépenses [4].

En revanche il est soumis à l'action *pigneraticia directa*, par laquelle on pourra lui demander la restitution de la chose après l'extinction de

1. En conséquence : 1° les intérêts pourront, à la différence de ce qui a lieu dans le *mutuum*, être dus en vertu de la mise en demeure (*D.*, *h. t.*, 25, 1), en vertu d'un simple pacte (*D.*, *h. t.*, 26, 1 ; 28) ; 2° le dépositaire n'étant pas un emprunteur d'argent, on ne lui appliquera ni le sénatus-consulte Macédonien ni la *querela non numeratae pecuniae* (*C.*, 4, 30, *De n. n. p.*, 14, 1) ; 3° l'action ne pourra, sous Justinien, être repoussée par l'exception de compensation (p. 539, n. 1 *in fine*) ; 4° elle sera infamante (p. 540, n. 10) ; 5° au cas de faillite, le déposant aura, quand le dépôt sera sans intérêts, un *privilegium inter personales actiones* pour passer avant les autres créanciers (*D.*, *h. t.*, 7, 2-3 ; 8). — MM. Naber et Longo ont soutenu d'une manière indépendante que le dépôt irrégulier serait une création pure et simple des Byzantins. C'est, à notre sens, aller trop loin. Il est possible que cette variété de dépôt, particulièrement pratiquée dans les pays helléniques et vue d'un œil favorable par les compilateurs, ait été repoussée par certains jurisconsultes classiques qui auraient voulu y voir un *mutuum*, par exemple par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7, 2 ; *D.*, 42, 5, *De reb. auct. jud.*, 24, 2, et que sa présence dans des textes de certains autres (par ex. d'Alfenus, *D.*, 19, 1, *Locati*, 31, et même de Paul, *D.*, *h. t.*, 26, 1 ; 29, 1, rapprochée de *Coll.*, 10, 7, 9) vienne d'interpolations ; mais elle paraît avoir été certainement reconnue par Papinien, *D.*, *h. t.*, 24 (Lenel, 167 ; cf. l'acte reproduit, *Textes*, p. 858) et 25, 1. V. en ce sens Segré et Collinet.

2. *D.*, 13, 7, *De pigneraticia actione vel contra*. *Inst.*, *h. t.*, 4.

3. Javolenus, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 16 : *Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet.*

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 9, *pr.* Responsabilité de la *culpa levis* : *D.*, 13, 6, *Comm.*, 5, 2.

la dette garantie, lui demander compte aussi de ses manques de soin, car il est, comme le commodataire, tenu à donner à la chose les soins d'un bon père de famille [1] ; ainsi, par exemple, quand la chose est une chose frugifère, il est tenu à percevoir les fruits pour les imputer sur les intérêts et ensuite sur le capital [2], à moins qu'il ne soit intervenu entre lui et le constituant un forfait, la convention d'antichrèse (*antichresis*) décidant que les fruits et les intérêts se compenseront [3]. En outre, s'il s'est servi de la chose contrairement au contrat, par exemple s'il a usé d'une chose non frugifère, quand le contrat ne le lui permettait pas, il sera tenu, comme le dépositaire et le commodataire, de l'action directe de son contrat à côté de l'*actio furti* (p. 413, n. 4).

SECTION IV. — Contrats consensuels.

Les contrats consensuels [4] : vente, louage, société, mandat, sont ceux qui s'écartent le plus de l'ancien principe du contrat formel, unilatéral, de droit strict. Ils sont tous obligatoires sans formes, par le seul accord des volontés, tous synallagmatiques, parfaits ou imparfaits, et tous de bonne foi. Ils n'existaient donc ni à l'époque primitive, où il n'y avait que des contrats formels, ni au temps des Actions de la loi, où il n'y avait pas de contrats de bonne foi. Mais ils paraissent avoir été ensuite reconnus très vite. Leur existence est, comme celle de la fiducie, attestée non seulement pour le temps de Cicéron, mais pour celui de Q. Mucius Scaevola [5]. Ils sont donc, à notre sens, postérieurs au *mutuum*, mais approximativement contemporains de la fiducie et antérieurs au gage, au dépôt et au commodat.

De leur caractère de contrats consensuels, il résulte que, dans tous les quatre, la naissance de l'obligation est indépendante de toute forme [6] et même de toute prestation, que la question de savoir d'abord s'il y a un contrat, puis quelles en sont les clauses sera une simple question d'interprétation de volontés.

De leur caractère de contrats de bonne foi, il résulte que les actions qui en naissent poseront toutes au juge la question de savoir ce qui est dû d'après la bonne foi (*quidquid dare facere oportet ex fide bona* [7]) ;

1. Paul, *D.*, *h. t.*, 14.
2. *C.*, 4, 24, *De act. pign.*, 1.
3. *D.*, 20, 1, *De pign.*, 11, 1.
4. *Inst.*, 3, 22, *De consensu obligatione*.
5. *De officiis*, 3, 17, 70 (p. 534, n. 2).
6. Gaius, 3, 136 (cf. *Inst.*, *h. t.*, 1-2) : *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur veluti per epistulam aut per internuntium.*
7. Cette *intentio* incertaine était précédée d'une *demonstratio* indiquant le

que le juge aura à admettre toutes les conséquences progressivement attachées à cette rédaction, en particulier à sous-entendre les clauses de style[1] et à tenir compte des dols imputables, à l'une ou à l'autre partie[2].

Enfin, du caractère synallagmatique des contrats combiné avec leur caractère de bonne foi, il résulte pour les trois premiers, qui sont synallagmatiques parfaits, que l'une des parties ne pourra réclamer l'exécution de la prestation qui lui est due qu'à condition d'offrir celle de sa propre prestation (*exceptio non adimpleti contractus*)[3].

contrat : *Quod A. Agerius de N. Negidio hominem de quo agitur emit* (Gaius, 4, 59) et suivie d'une *condemnatio* analogue à celle de la formule *in jus* de dépôt (p. 537, n. 2), mais peut-être accompagnée d'une *taxatio* ; cf. Lenel, *Edictum*, p. 149, n. 3 (*Ed.*, 1, p. 174, n. 3), et Dioclétien, *C.*, 4, 49, *De A. E. V.*, 4.

1. Ulpien, *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, 31, 20 : *Ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire* ; *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 11, 1 : *Si nihil convenit, tunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt hujus judicii potestate*. Ce dernier texte est l'origine de la distinction faite par les interprètes entre les *essentialia* sans lesquels l'acte juridique ne peut exister (la chose et le prix, dans une vente), les *naturalia*, qui y sont compris sauf clause contraire (garantie d'éviction) et les *accidentalia* qui n'y sont compris qu'en vertu d'une clause expresse (garantie de la solvabilité du débiteur cédé, dans une vente de créance). Le *naturale* aurait eu besoin d'être rendu obligatoire par une stipulation dans un contrat de droit strict ; mais, dans un contrat de bonne foi, *tantum potest officium judicis quantum stipulatio*.

2. Action du contrat au lieu de l'action de dol : p. 472, n. 2 ; *exceptio doli* sous-entendue : p. 472, n. 1.

3. Ce nom, suggéré aux commentateurs par quelques textes, ferait penser à une exception véritable, qui, par suite du caractère de bonne foi du contrat, serait sous-entendue dans la formule, mais qui aurait besoin d'être invoquée par le défendeur et qui devrait être prouvée par lui. Cependant on est unanime à admettre que ce sera au demandeur de prouver qu'il a fait sa prestation. Seulement les uns (Windscheid, Dernburg, Vangerow, Saleilles, *Obligation*, p. 117 et ss.) soutiennent néanmoins qu'il y a là d'après les textes une véritable exception qui paralyse une demande valablement formée, tandis que d'autres (Keller, *Iahrbuchi* de Bekker et Muther, 4, 1860, p. 38) soutiennent que l'offre par le demandeur de la prestation qu'il doit est un des éléments nécessaires de sa demande et que les textes qui parlent d'exception se rapportent au cas où l'on a fait un contrat verbal. Ce second système s'appuie fortement sur un texte d'Ulpien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, 8 : *Offerri pretium ab emptore debet cum ex empto agitur*. Quant aux textes qui parlent d'exception, l'existence d'une action née d'un contrat verbal est certaine pour le plus net, Gaius, 4, 126 *a* ; car Lenel, *Edictum*, 1, § 272, a démontré qu'il s'y agit d'une exception spéciale donnée contre les banquiers agissant en recouvrement du prix des ventes aux enchères faites par eux (cf. p. 468, n. 1) et ils se faisaient promettre ce prix par contrat verbal par leurs acheteurs : p. 546, n. 4. Elle est à peu près certaine pour un autre de Julien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 25 (Lenel, 713 : *De stipulationibus*). Un troisième, Paul, *D.*, 44, 4, *De exc. doli*, 5, 4, ne fait qu'argumenter des règles de l'exception et ne tranche donc, ni dans un sens ni dans l'autre, la question de savoir si elle est donnée contre l'action du contrat consensuel ou contre celle du contrat verbal. Le seul embarrassant est une constitution de Caracalla qui parle d'action *ex vendito* et d'exception de dol, *C.*, 8, 44 (45), *De evict.*, 5. — La question ne se pose pas pour le mandat où la prestation du mandataire précède nécessairement celle du mandant ; elle est également hors de cause dans les autres contrats, quand la simultanéité des prestations est écartée par une convention expresse (concession d'un terme pour le paiement du prix de vente) ou tacite (le locataire doit entrer en jouissance avant d'être tenu du loyer).

§ 1. — Vente.

La vente (*emptio venditio*)[1] peut se définir le contrat par lequel une des parties, appelée le vendeur (*venditor*), s'oblige à fournir à l'autre la possession utile et durable d'une chose (*merx*), et l'autre, l'acheteur (*emptor*), s'oblige en retour à lui transférer la propriété d'une certaine quantité d'espèces monnayées, d'un prix (*pretium*). C'est un contrat consensuel, synallagmatique et de bonne foi, où le simple accord des volontés fait naître des obligations de part et d'autre, mais où, faut-il remarquer, il ne fait naître que cela, il ne transfère pas la propriété. Nous avons à déterminer pour lui, comme pour tous les contrats, ses conditions d'existence et ses effets ; mais c'est en outre un de ceux dont il est le plus intéressant et le plus possible de déterminer les origines historiques.

I. Histoire de la vente romaine. — Il est certain qu'on rencontre une vente au début de Rome. C'est la vente au comptant, réalisée par une mancipation, où un individu aliène une chose contre une certaine quantité de métal dont la pesée a été réelle avant de devenir fictive (p. 293 et ss.). Ce n'est point là la forme la plus ancienne des échanges. Cette vente, dans laquelle on connaît une monnaie, où il y a une chose et un prix, marque un progrès sur le troc où il n'y avait pas encore de chose reconnue comme commune mesure des valeurs, où il n'y avait pas de prix, où les choses s'échangeaient directement les unes contre les autres[2]. Mais c'est une vente au comptant, une opération finie en un trait de temps, qui est translative de propriété et non génératrice d'obligations, qui ne produit d'obligations ni d'un côté ni de l'autre, sauf les obligations dont pourrait être tenu l'aliénateur coupable, non pas en vertu d'une idée de contrat, mais en vertu d'une idée de délit (*a. auctoritatis*, p. 294, n. 2 ; *a. de modo agri*, p. 294, n. 3).

Cependant il pouvait arriver, et c'est un besoin qui dut se faire sentir très tôt, que les parties, ne voulant ou ne pouvant procéder à l'acte au comptant, désirassent le remplacer partiellement ou intégralement par des obligations, s'engager l'une à fournir la chose, l'autre à fournir le prix, faire non pas la vente translative de propriété de la théorie des modes d'acquérir, mais la vente génératrice d'obligations de la théorie

1. *Inst.*, 3, 23, *De emptione et venditione*. *D.*, 18, 1, *De contrahenda emptione*. *D.*, 19, 1, *De actionibus empti et venditi*. Exemples concrets de contrats de vente : *Textes*, pp. 843-849. Cf. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, 1, 1876. 2, 1883. 3, 1905. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 611-632.

2. Paul, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 1, *pr.* : *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit ut quod alteri superest alteri desit.*

des contrats. Des auteurs, qui deviennent d'ailleurs de plus en plus rares, admettent que les parties auraient eu pour cela à leur disposition, de tout temps ou à peu près, le contrat consensuel de vente, que la simple convention de vendre et d'acheter aurait été obligatoire par elle-même, dès un temps très reculé, ainsi dès le temps des XII Tables par exemple. Mais cette façon de voir n'est pas seulement contraire à la conception générale du système des contrats que nous avons exposée : elle est, pour la vente, directement réfutée par des témoignages positifs qui prouvent que, dans l'ancien droit en général, et en particulier dans les XII Tables, les expressions qui désignent la vente (*emere*, *vendere*, *venum dare*, etc.) se rapportent à la vente translative de propriété et non à la vente génératrice d'obligations[1] : il n'y a pas alors encore de mot pour la chose, parce que la chose n'est pas encore née.

La vente consensuelle n'existe ni au temps des XII Tables, ni longtemps après elles, et en conséquence la pratique s'arrange pour s'en passer. Par quel moyen ? Suivant une doctrine, qui part à notre sens d'une vue trop idyllique des premiers temps de Rome, le simple lien moral résultant de l'accord des volontés aurait alors suffi par suite de la loyauté des mœurs primitives[2] ; suivant une autre, la vente a été un contrat réel, formé par la remise d'une chose, avant de devenir un contrat consensuel[3] ; suivant une autre enfin, que nous croyons la plus sûre, on a dû recourir en pareil cas, d'assez bonne heure, à l'instrument universel qui servait à rendre les conventions obligatoires, au contrat verbal, ou plus précisément à deux contrats verbaux, par l'un desquels l'acheteur devenait créancier de la chose (*emptio*) et par l'autre desquels (*venditio*) le vendeur devenait créancier du prix[4].

1. V. pour les XII Tables, la règle : *Si pater filium ter venumduit filius a patre liber esto* et pour le vieux droit en général, le formulaire de la mancipation, Gaius, 1, 119 : *Emptus esto* (et non pas *est*, d'après la lecture certaine de Studemund) *hoc aere aeneaque libra*. Cf. encore pour la terminologie de la mancipation les expressions *coemptio*, *emptor familiae*, etc. et pour le sens d'*emere*, dans les XII Tables, Pomponius, *D.*, 40, 7, *De statu lib.*, 29, 1.

2. Cette idée, exprimée par exemple par M. Voigt, *Jus naturale und jus gentium der Römer*, 3. 1875, p. 231, nous semble très mal concorder avec les témoignages concrets relatifs aux mœurs des anciens Romains, qui nous les représentent plutôt comme des paysans madrés, d'esprit très positif et très défiant, très disposés à se prévaloir des vices de forme et très soucieux de se précautionner contre eux.

3. Cette doctrine, qui a été particulièrement soutenue pour la vente par M. Pernice, *Labeo*, 1, p. 456 et ss., 2, p. 318, n. 1, *Z. S. St.*, 9, 1888, p. 222, n. 4, et qui est étendue à tous les contrats consensuels par M. Huvelin dans Daremberg et Saglio, 1, 1904, p. 138, v° *Obligatio*, nous paraît, surtout si on veut l'étendre à autre chose qu'à la dette du prix, n'être guère conforme à ce que l'on sait du développement restreint, difficile et tardif des contrats réels nommés ou innommés autres que le *mutuum*. Si on la restreint à la dette du prix, elle ne résout pas la difficulté : elle la laisse entière pour le cas où c'est le vendeur qui veut s'obliger en recevant le prix et pour celui où les deux parties veulent s'obliger sans faire ni l'une ni l'autre de prestation immédiate.

4. V. en ce sens de Ihering, *Esprit du Dr. rom.*, 3, p. 232, 4, p. 143, p. 195 ;

Le point le plus discuté est de savoir à partir de quand les choses ont changé, à partir de quel moment le simple accord des volontés a fait naître entre les deux contractants les actions de bonne foi *empti* et *venditi*[1]. On a cru trouver dans le théâtre de Plaute[2], dans le traité d'économie rurale de Caton[3] et dans un texte du Digeste[4] la preuve que ce pas au-

Bekker, *Die Aktionen*, 1, 1871, p. 157 ; Kuntze, *Cursus der Institutionen*, 1879, p. 474 ; Muirhead, *Introduction*, p. 362 et ss. ; Girard, *N. R. H.*, 1883, p. 539 (*Garantie*, p. 45), n. 4. Il y a peut-être des indices de l'emploi de ce procédé dans le nom de la vente, *emptio venditio* ; dans certaines de ses règles, ainsi dans la théorie des risques selon laquelle l'extinction d'une obligation n'a pas plus d'effet sur l'autre qu'elle n'en aurait au cas d'obligations indépendantes nées de deux stipulations, au lieu de la faire disparaître avec elle en vertu de l'idée de lien synallagmatique (p. 558, n. 1) ; dans l'usage attesté par exemple par Varron, *De r. r.*, 2, 3, 5 ; 4, 5, et par les jurisconsultes (Julien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 41, *pr.* ; Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 35, 2) de conclure la vente consensuelle elle-même par des interrogations (*N. R. H.*, 1883, pp. 540-541. *Garantie*, pp. 47-48. Cf. sur ces interrogations, en un sens un peu différent, Schlossmann, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 190-193. Erman, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 462-463) ; dans d'autres détails encore. L'argument capital est que le procédé a certainement été praticable de bonne heure, d'une part, et que, d'autre part, il a été nécessaire, tant que la convention n'a pas été obligatoire. On l'emploie encore, au temps où les obligations naissent *solo consensu*, pour remplacer telle ou telle d'entre elles, ainsi dans les ventes aux enchères faites par les banquiers pour faire naître contre l'adjudicataire une créance verbale du prix (quittances de Jucundus : *Textes*, pp. 860-867). On a dû l'employer encore plus, au temps où elles n'auraient pas existé sans lui. — Quant à la formule des stipulations, elle dépendait des besoins des parties, et aussi des règles du contrat verbal : elle a pu varier avec les cas et même avec les temps. L'acheteur promettait de *dare pretium*. Quant au vendeur, les analogies du contrat consensuel postérieur portent à penser qu'il promettait le plus souvent, au moins dans la période relativement récente, non pas de *dare rem*, mais de *rem praestare*, de *vacuam possessionem tradere* (p. 559), peut-être ensuite de garantir l'acheteur contre l'éviction (*ob evictionem se obligare* : Paul, *D.*, 19, 4, *De rer. permut.*, 1, *pr.*, p. 555, n. 2), peut-être aussi de s'abstenir de dol ou même de se comporter selon la bonne foi (exemple de stipulations de ce genre *lex Rubria*, c. 20, *Textes*, p. 75). Ce sont les trois obligations indiquées en termes assez singuliers comme résultant de la vente consensuelle par Paul, *D.*, 19, 4, *De rer. permut.*, 1, *pr.* (p. 555, n. 2).

1. Par exemple, a-t-on dit, dans la doctrine des stipulations réciproques, par un mouvement qui a conduit à sous-entendre progressivement les stipulations, quand elles n'avaient été faites qu'irrégulièrement ou pas du tout.

2. Les principaux textes invoqués sont des passages du *Rudens*, du *Curculio*, du *Persa*, du *Pseudolus* et de la *Mostellaria*. Ils prouveraient l'existence de la vente consensuelle et de bonne foi à l'époque de Plaute, d'après Demelius, *Z. R. G.*, 2, 1863, pp. 177-238, dont la doctrine a notamment été suivie par Karlowa, *Legisactionen*, 1870, p. 138 et ss., par Costa, *Diritto romano nelle com. di Plauto*, 1890, pp. 366-373, et par Buckler, *Contract in roman law*, 1895, p. 144 et s. Mais ils paraissent au contraire prouver son inexistence à M. Bekker, *De emptione venditione quae in Plauti fabulis fuisse dicitur*, 1853 ; *Aktionen*, 1, 1871, p. 311 et ss., et M. Bechmann, *Der Kauf*, 1, pp. 505-519, les considère comme établissant qu'elle existe comme contrat consensuel, mais non comme contrat de bonne foi.

3. M. Karlowa, *Legisactionen*, p. 133, considère encore comme prouvant l'existence du contrat de vente consensuel et de bonne foi les instructions données dans ce traité par Caton l'Ancien, mort en 605, pour les ventes de récoltes futures (*De r. r.*, 146-150), et M. Bechmann, 1, pp. 526-539, p. 618, les considère aussi comme favorables à l'existence d'une vente consensuelle, mais non de bonne foi. En sens contraire, Bekker, *Aktionen*, 1, pp. 314-315.

4. Dans ce texte, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 38, 1, Celse rapporte que Drusus et

rait été fait avant la fin du VI[e] siècle, donc à une époque où les Actions de la loi existent encore seules à notre sens (p. 37). C'est à tort, croyons-nous. L'existence de la vente de bonne foi ne serait pas seulement inconcevable au temps des Actions de la loi [1]. Il n'y a pas un indice sérieux d'une vente obligatoire *solo consensu* avant la loi Aebutia [2]. En revanche l'existence des actions de bonne foi nées de la vente consensuelle est attestée à partir du milieu du VII[e] siècle, non seulement par le témoignage de Q. Mucius Scaevola [3], mais par des exemples concrets tirés de la pratique judiciaire [4]. Seulement ces actions n'arrivèrent que peu à peu aux

Sex. Aelius Paetus Catus admettaient en cas de retard dans la délivrance imputable à l'acheteur, *pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari*. C'est, a-t-on dit, la preuve que l'*arbitrium venditi*, l'action de bonne foi donnée au vendeur existe dès le temps de Sex. Aelius, cos. en 556, censeur en 560. V. Karlowa, *Legisactionen*, pp. 132-133. Mitteis, *Privatrecht*, p. 48. Lenel, *Z. S. St.*, 30, 1909, p. 353. Cf. en sens contraire Bekker, *Aktionen*, 1, p. 314 ; H. Krueger, *Z. S. St.*, 11, 1890, p. 195.

1. La vente ne peut faire naître des actions de bonne foi au temps des Actions de la loi, en face du texte de Cicéron (p. 533, n. 4), selon lequel les actions de bonne foi ont été établies ou tout au moins la clause *ex fide bona* y a été insérée *sine lege*. Tout ce qu'on pourrait admettre, à la rigueur, c'est qu'elles auraient existé dès cette époque comme actions de droit strict. Cependant, cette solution même n'irait pas sans quelque difficulté, notamment en présence de la règle de Gaius, 4, 11, d'après laquelle les *legis actiones legibus proditae erant*, et il ne faudrait, croyons-nous, l'admettre que s'il y avait des preuves positives de l'existence du contrat consensuel avant la loi Aebutia ; or ces preuves n'existent pas (n. 2).

2. Les formulaires de Caton, dont la rédaction cauteleuse et détaillée est déjà la meilleure preuve que les actions de bonne foi n'existent pas de leur temps, peuvent au moins tout aussi bien donner des instructions pour la rédaction d'une série de clauses, rendues par exemple obligatoires par une stipulation finale, que pour la conclusion de contrats consensuels. — Les textes tirés du théâtre de Plaute ne sont pas très clairs, et même il y en a tout au moins une catégorie, ceux tirés de la *Mostellaria*, qui seraient plutôt favorables à l'admission de la vente consensuelle ; mais ils n'ont aucune portée, parce que les pièces de Plaute sont des adaptations d'originaux grecs et que, si des allusions de détail, des termes techniques de procédure peuvent y être sûrement romains et probants, le fond de la pièce est grec (cf. *N. R. H.*, 1893, pp. 795-797 ; Partsch, *Hermes*, 45, 1910, p. 611). — Quant au texte de Celse, il ne prouve rien parce que c'est un texte où Celse invoque Drusus, qui invoque lui-même Sex. Aelius, et qu'on ne peut savoir ce qui, dans sa forme actuelle, remonte à Sex. Aelius, parce que la solution peut avoir été donnée par lui pour les stipulations et avoir été rapportée par l'un ou l'autre des deux interprètes postérieurs au contrat consensuel. Cf. Girard, *Mélanges*, 1, pp. 78-79.

3. Cicéron, *De off.*, 3, 17, 70 (p. 534, n. 2).

4. Cicéron, *De off.*, 3, 16, 66, et Val. Max., 8, 2, 1, rapportent un procès qui fut déféré à l'arbitrage d'un Caton appelé par Cicéron *hujus nostri Catonis pater* et qui était intenté par un acheteur à un vendeur nommé Ti. Claudius Centumalus pour lui demander, à raison de dissimulations frauduleuses, *quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona*. Le témoignage atteste l'existence de l'action *empti* de bonne foi, non pas, comme on l'a dit parfois, au temps de Caton l'Ancien, mais à celui du père de Caton d'Utique, contemporain et ami de Sulla, petit-fils de Caton l'Ancien, fils de Caton de Salone qui naquit en l'an 600, par conséquent né lui-même vers l'an 620 au plus tôt et probablement mort vers le temps des proscriptions de Sulla. V. sa biographie dans Drumann, *Geschichte Roms* (*Porcii*, n° 21), 5, 1844, p. 152 (éd. Groebe, 5, 1, 1912, p. 163).

effets qui sont rattachés comme les plus naturels à leur caractère de bonne foi, à l'époque classique[1]. Varron ne connaît par exemple pas encore l'*exceptio non adimpleti contractus* au temps de César[2] et Labéon n'est pas sûr, à celui d'Auguste, que l'action du contrat suffise à protéger l'acheteur contre le dol du vendeur[3].

II. Eléments du contrat. — Les éléments qu'une convention doit réunir pour constituer un contrat consensuel de vente, les conditions auxquelles le simple accord des volontés peut sortir du cercle des pactes ordinaires pour devenir, sous le nom de contrat de vente, un acte juridique générateur d'actions se rapportent à deux objets : à la chose et au prix. Il faut, dit-on, pour la formation de la vente, qu'il y ait consentement sur la chose et le prix. Le consentement n'est pas évidemment un élément spécial au contrat de vente. Cependant ses règles présentent ici quelques particularités à raison desquelles nous étudierons successivement les conditions de la vente quant à la chose, quant au prix et quant au consentement.

A. *Chose* (*res*, *merx*). — La chose, objet de l'obligation du vendeur, doit présenter les qualités générales que nous avons vues en étudiant l'objet des obligations. L'obligation du vendeur doit, par exemple, avoir un objet possible physiquement, ce qui exclut les choses qui n'existent plus, et possible légalement, ce qui exclut les choses hors du commerce ; elle doit aussi par exemple avoir un objet présentant un intérêt pour le créancier, ce qui exclut la vente faite à une autre personne de sa propre chose[4]. La chose, objet de l'obligation du vendeur, doit en somme satisfaire aux conditions de droit commun. Mais ce qu'il faut relever ici c'est qu'à ces conditions l'objet de la vente peut être très varié, être indifféremment une chose future ou une chose présente[5], une chose ap-

1. En ce sens on peut dire, comme nous l'avons fait nous-même, *N. R. H.*, 7, 1883, p. 540 (*Garantie*, p. 46), n. 1, que les actions n'ont pris que progressivement le caractère de bonne foi, mais il faut remarquer que les premiers témoignages qui en parlent (p. 548, notes 3 et 4) supposent déjà qu'elles contiennent la clause *ex fide bona*. L'appréciation large des conventions en usage dans les procès de l'Etat peut, comme le suppose Mommsen, *Ges. Schr.*, 3, p. 137 et ss., avoir influé sur la largeur d'interprétation de cette clause ; nous ne croyons pas qu'elle ait pu inspirer la reconnaissance du contrat lui-même.

2. Varron, *De r. r.*, 2, 2, 6 : *Nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili judicio, si non reddit pretium.*

3. Ulpien, *D.*, 4, 3, *De d. m.*, 7, 3, où Labéon cite, comme cas où l'on délivrera l'action de dol, parce qu'il est douteux qu'il y ait une autre action, celui où le vendeur a donné du poison à l'esclave vendu.

4. V. pour le second point, la p. 455, n. 1, pour le premier, la p. 452, n. 4, Nous avons aussi vu, pp. 453-454, les atténuations apportées au premier cas, dans l'intérêt de l'acheteur, à l'idée que la vente, étant nulle, ne devrait pas faire naître à son profit d'action *empti* en dommages-intérêts.

5. Pomponius, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 8, *pr.* On distingue, quant aux choses futu-

partenant au vendeur ou une chose appartenant à un tiers[1], une chose corporelle, l'esclave Stichus, le fonds Cornélien, ou une chose incorporelle, une servitude à constituer, un usufruit déjà constitué, une créance, une hérédité[2]. C'est en revanche un point controversé de savoir si la vente peut indifféremment avoir pour objet un genre ou un corps certain[3].

B. *Prix* (*pretium*). — Le prix, objet de l'obligation de l'acheteur, doit aussi, d'après les règles générales sur l'objet des obligations, être déterminé ou tout au moins déterminable, être *certum*, et il doit aussi, d'après les règles que nous avons vues sur le consentement (p. 468), être réel et non simulé, être *verum* ; mais en outre il doit consister en argent (*pecunia numerata*) ; en revanche, il n'était aucunement exigé en droit classique qu'il correspondît à la valeur de la chose vendue, qu'il fût *justum,* mais le droit byzantin a décidé que le vendeur pourrait revenir sur la vente pour cause de lésion, si le prix était inférieur à la moitié de la valeur de la chose.

1. Le prix doit être certain (*certum*)[4]. Il l'est naturellement, quand il est fixé d'avance en argent ou d'une autre manière, par exemple quand une personne vend une chose au cours du marché du jour ou pour le prix pour lequel elle l'a achetée[5] ; il l'est aussi, dans une doctrine qu'a adoptée Justinien, quand il est soumis à l'arbitrage d'un tiers déterminé, mais alors à condition que le tiers consente à faire cette fixation[6] ; il ne l'est pas, il n'y a pas de vente, quand il est remis à l'arbitrage d'un tiers

res, la *venditio spei*, où l'objet de la vente est l'espérance même que la chose naîtra (*ipsum incertum rei venit, D.*, 18, 4, *De H. v. A. vend.*, 11), la vente d'un coup de filet, et la *venditio rei speratae*, où l'objet de la vente est une chose déterminée vendue sous la condition qu'elle naîtra (*D.*, 18, 1, *De C. E.*, 8, *pr.*), la vente à un certain prix d'un poisson déterminé, s'il y en a un de cette espèce dans le filet.

1. Ulpien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 28 : *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est* : *nam emptio est et venditio* ; *sed res emptori auferri potest.*

2. Vente d'une servitude à constituer : *D.*, 8, 1, *De serv.*, 20 ; d'un usufruit déjà constitué : *D.*, 7, 1, *De usufr.*, 12, 2 ; d'une créance : *D.*, 18, 4, *De H. v. A. vend.*, 17 ; d'une hérédité : *D.*, 18, 4, *De H. v. A. vend.*, 7.

3. La possibilité de la vente de genres a été longtemps considérée et est encore souvent considérée comme allant de soi ; mais elle n'est pas attestée par un seul texte et on a depuis peu contesté par de solides arguments que cette opération ait jamais été regardée à Rome comme rentrant dans la sphère de la vente consensuelle. V. en ce sens Brinz, *Pandekten*, 2, § 325, p. 696 ; Bechmann, *Kauf*, 2, pp. 331-335 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 615-617. Naturellement il ne faut pas confondre avec la vente de véritables genres celles de choses ou de quantités à prendre dans un cercle déterminé : l'un des chevaux de l'écurie du vendeur, cent boisseaux du blé qui est dans son grenier.

4. Gaius, 3, 140 : *Pretium autem certum esse debet.*

5. Ulpien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 7, 1.

6. Labéon et Cassius déclaraient encore en pareil cas la vente nulle ; au contraire Ofilius proposait déjà la validité conditionnelle également soutenue par Proculus (Gaius, 3, 140) et c'est la doctrine admise par Justinien (*Inst.*, *h. t.*, 1).

indéterminé [1], ni encore moins quand il est remis à l'arbitrage d'une des parties [2].

2. Le prix doit être réel (*verum*). La vente n'existera pas, faute de prix sincère, quand le prix est *simulé*, quand le prix est suffisant en apparence, mais que le vendeur n'a pas l'intention de le réclamer, ni l'acheteur de le payer ; elle n'existera pas, faute de prix sérieux, quand le prix est *dérisoire*, quand un immeuble est vendu pour un sesterce. Dans les deux cas, il y a une donation qui pourra être valable si elle satisfait aux conditions de forme et de fonds des donations : il n'y a pas vente [3].

3. Le prix doit consister en argent (*in pecunia numerata*) [4]. Si le prix ne consiste pas en argent, il n'y a pas de contrat de vente ; il y a seulement une convention d'échange qui ne pourra être obligatoire que comme contrat innommé, seulement depuis la reconnaissance du contrat innommé d'échange, à condition que l'une des parties ait exécuté sa prestation, tandis que, s'il y avait eu vente, la convention eût été obligatoire par le simple accord des volontés, sans aucune exécution ni de part ni d'autre, depuis la reconnaissance du contrat consensuel de vente. Précisément afin d'atteindre ces résultats, les Sabiniens avaient prétendu que la vente pouvait exister et que par conséquent la simple convention était obligatoire, alors même que le prix ne consistait pas en argent [5]. Ils argumentaient en ce sens de ce que la vente vient de l'échange, n'en est qu'une variété, et ils disaient que la convention générale ne pouvait être plus mal traitée qu'une de ses subdivisions. Mais l'opinion contraire, soutenue par les Proculiens, a prévalu sans doute dès avant la fin de l'époque classique [6] et elle pouvait, en dehors d'autres considé-

1. *C.*, 4, 38, *De C. E.*, 15, 2. Cf. *D.*, 19, 2, *Locati*, 25, *pr.*

2. Gaius, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 35, 1.

3. Cf. p. 468, n. 4. *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 36. Application aux donations entre époux : *D.*, 24, 1, *De d. int. vir. et ux.*, 5, 5.

4. Gaius, 3, 141 : *Pretium in numerata pecunia consistere debet.*

5. Gaius, 3, 141. Paul, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 1, 1 : *Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem, Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant ; Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse.*

6. Elle est adoptée par Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 2 ; mais elle est auparavant signalée comme depuis longtemps admise (*pridem placuit*) par Dioclétien et Maximien, *C.*, 4, 64, *De rer. permut.*, 7. On pourrait être tenté de préciser encore en disant que la question indiquée comme discutée par Paul, n. 5, est indiquée par lui comme tranchée dans un autre ouvrage, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 5, 1 : *Sin autem rem do ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse* (en ce sens Accarias, 2, p. 277). Et cette supposition se concilierait bien avec le fait que le dernier texte est extrait des *Quaestiones* de Paul écrites par lui après la mort de Sévère (*D.*, 50, 1, *Ad municip.*, 18 : *Divus Severus*), tandis que les *libri ad edictum*, dont est tiré l'autre texte, ont été, croyons-nous, écrits sous le règne de Commode (*Textes*, p. 377 ; Fitting, *Alter und Folge der Schriften*, 2e éd., 1908, pp. 82-85). Mais la date du second ouvrage est pourtant discutée (v. les renvois dans Fitting, p. 85, n. *k*) et le texte des *Quaestiones* (Lenel, 1322) a été trop re-

rations, invoquer un bon argument juridique [1] : la nécessité de distinguer l'acheteur et le vendeur, dont les obligations ne sont pas les mêmes et qui se discernent très aisément l'un de l'autre si l'acheteur doit toujours de l'argent, mais qui seraient impossibles à discerner si la prestation de l'acheteur pouvait, comme celle du vendeur, avoir pour objet autre chose que de la monnaie [2].

4. Le prix n'avait pas besoin anciennement d'être *justum* [3]. Mais une réforme, que le Code de Justinien [4] attribue à des constitutions de Dioclétien, qui est peut-être encore postérieure [5], permit d'attaquer la vente pour cause de lésion de plus de moitié (*laesio enormis*). Les constitutions indiquent très clairement le taux de la lésion : elle doit être de plus de moitié du juste prix, et le droit du vendeur lésé : il a le droit, en restituant le prix, de demander la restitution de la chose [6], sauf la faculté pour l'acheteur de se soustraire à la restitution en payant le supplément du prix [7]. Elles disent moins clairement si, comme dans les cas concrets qu'elles visent, la lésion doit porter sur le vendeur et non sur l'acheteur et la vente avoir pour objet un immeuble et non un meuble. L'interprétation restrictive est assez généralement admise et nous paraît certaine pour le premier point ; elle est plus discutée pour le second [8].

manié par les compilateurs pour que ses termes puissent fournir un argument bien rigoureux.

1. Paul, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 1, 1 (suite) : *Sed verior est Nervae et Proculi sententia : nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium aliud merx : quod in permutatione discerni non potest, uter emptor uter venditor sit.* Cf. le même, *D.*, 19, 4, *De rer. permut.*, 1, *pr.*

2. Il y a pourtant un cas pour lequel, d'après Gaius, 3, 141, Caelius Sabinus remarquait déjà que l'objection des Proculiens ne portait pas : c'est celui où, un individu ayant mis une chose en vente, un autre vient lui offrir de l'acheter moyennant une valeur autre que de l'argent. La distinction des rôles est alors possible, quoique le prix ne consiste pas en argent, et Gordien, *C.*, 4, 64, *De rer. perm.*, 1, décida qu'il y aurait vente.

3. Paul, *D.*, 19, 2, *Locati*, 22, 3.

4. *C.*, 4, 44, *De rescindenda venditione*, 2 ; 8.

5. M. Gradenwitz, *B. Ist. D. R.*, 2, 1889, p. 14, l'a soutenu très fortement en invoquant des particularités de rédaction suspectes des deux textes et surtout l'existence de constitutions postérieures à Dioclétien insérées dans le *C. Th.*, 3, 1, *De contr. empt.*, 1 ; 4 ; 7, dont aucune n'a connaissance de la réforme et dont une, la const. 4, a dû précisément pour cela être remaniée avant d'être insérée dans le Code de Justinien (*C.*, 4, 44, *De resc. vend.*, 15).

6. *C.*, 4, 44, *De resc. vend.*, 2 : *Ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias.*

7. *C.*, 4, 44, *De resc. vend.*, 2 (suite) :... *vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies.*

8. V. en sa faveur les textes byzantins rassemblés par Zachariae, *Z. S. St.*, 4, 1883, pp. 49-60. Elle a été admise sur les deux points par le C. civ., art. 1674-1685, où le taux de la lésion est sans motif rationnel porté de la moitié aux sept douzièmes. On justifie, bien ou mal, la première restriction en disant que, si l'on est parfois forcé de vendre, on ne l'est jamais d'acheter et la seconde par l'instabilité de la valeur des meubles.

C. *Consentement.* — De droit commun la vente est formée (*perfecta*) par le consentement des deux parties sur la chose et le prix. A partir de là et dès avant toute exécution, le contrat est obligatoire : ni l'une ni l'autre des parties ne peut s'en dédire ; mais ce droit commun comporte pourtant des exceptions : les parties peuvent rejeter à un moment postérieur la conclusion du contrat. Cela se produit dans deux hypothèses principales : celle où les parties ont subordonné la formation du contrat à l'accomplissement de formalités subséquentes et celle des arrhes.

1. Les parties peuvent avoir subordonné la perfection du contrat à l'accomplissement de formes extérieures, par exemple à sa réalisation par des stipulations réciproques, par exemple, surtout dans la période récente, à la rédaction d'un écrit. Les parties ont fait de ces formalités un élément essentiel du contrat et par suite chacune peut l'empêcher de naître en refusant de recourir aux stipulations, à la rédaction de l'écrit. Justinien a fait de cela une règle pour toutes les ventes où il a été convenu qu'on dresserait un écrit (*venditiones cum scriptura*) ; on peut dans toutes se dédire jusqu'à ce qu'il ait été dressé. Il n'y a donc plus désormais à se former par le seul consentement que les ventes dont on ne doit pas dresser d'écrit (*venditiones sine scriptura*) [1].

2. Une autre modification au principe que la vente se forme par le seul consentement a peut-être été faite par Justinien en matière d'arrhes.

Les arrhes (*arrae, arrabo*) [2] sont une petite somme d'argent ou un

1. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* : *Donec enim aliquid ex his* (des formalités prescrites pour la confection de l'écrit) *deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione*. Cf. sur les formes indiquées au début du texte et *C.*, 4, 21, *De fide instr.*, 17, Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der Urkunde*, 1, 1880, pp. 59-60. 72-75 ; Karlowa, *R. R. G.*, 1, pp. 996-1002 ; Stouff, *N. R. H.*, 1887, pp. 253-254. Ces formes, dont l'introduction se rattache à l'abandon des types anciens d'actes (p. 68, n. 1) et qui sont requises non seulement pour la vente, mais pour tous les contrats, étant souvent mal comprises, il ne sera pas inutile de dire en quoi elles consistent à notre sens. Les actes que les parties ont convenu de rédiger par écrit ne les lient que s'ils ont été mis au net et, quand ils sont écrits par un tiers, munis de leur *subscriptio*, pour laquelle on discute s'il suffit de celle d'une partie, du vendeur, ou s'il faut celle des deux, mais qui n'est certainement pas, comme on dit souvent, une signature faite du nom de la personne analogue à notre signature moderne que le droit romain n'a jamais connue, qui est une phrase complète de confirmation (Bruns, *Kleinere Schriften*, 2, 1882, p. 110). En outre, s'ils sont rédigés par un *tabellio*, c'est-à-dire non pas par un officier public, comme est le *tabularius*, secrétaire de la curie, mais par un particulier faisant métier de rédiger des actes, par un écrivain public (v. sur la différence Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, 3, 1866, pp. 173-175), il faut qu'ils soient *etiam ab ipso completa et postremo partibus absoluta*, c'est-à-dire d'une part, d'après la démonstration de Brunner, certifiés conformes par le *tabellio* et, d'autre part, remis par l'une des parties à l'autre, selon Brunner, approuvés par les parties, selon Karlowa. Exemple de la mention de l'*absolutio* dès le milieu du IIIe siècle, dans le *P. Lond.*, II, p. 317 (Mitteis, *Chrestomathie*, n° 270).

2. Cf. Bechmann, *Der Kauf*, 2, p. 415. Leonhard, dans Pauly-Wissowa, v° *Arra*, 2, 1, 1895, pp. 1219-1223 et les auteurs cités. Les arrhes ont depuis, en particu-

objet, par exemple une bague, qu'une des parties, ordinairement l'acheteur, remet à l'autre partie. Cette petite opération réelle ajoutée au contrat consensuel principal, qui figure déjà dans le théâtre de Plaute et qui se rencontre aussi en Grèce [1], a, dans le droit classique, un but probatoire : la remise des arrhes sert à indiquer que le contrat est parfait, que l'on est sorti de la phase des pourparlers et arrivé à l'accord définitif, surtout utile à bien constater en matière de contrat consensuel [2].

Mais, à côté de cette première fonction, les arrhes pourraient en avoir une autre qu'elles avaient en Grèce, qui est inconnue aux textes des jurisconsultes, mais qu'on voit apparaître dans le livre syro-romain [3], et bien avant lui dans les actes égyptiens de l'époque romaine [4] : celle de moyen de dédit. Le contrat pour lequel on a remis des arrhes n'est pas définitif ; il est seulement en projet ; mais, si l'un se dédit, l'autre aura pour indemnité la valeur des arrhes, qu'il gardera, si c'est lui qui les a reçues, qu'on lui restituera au double, si c'est lui qui les a remises.

A la différence du droit classique, le droit de Justinien admet cette seconde fonction des arrhes, mais dans une mesure dont la largeur est incertaine. C'est pour elles désormais la seule fonction concevable dans les ventes *cum scriptura*, qui ne doivent se former qu'à la rédaction de l'écrit [5], où elles ne peuvent donc servir à prouver une vente qui n'existe pas encore, où elles ne peuvent être qu'une peine de dédit. Mais, dans

lier dans leurs formes étrangères au droit romain pur, fait l'objet de nombreux travaux parmi lesquels l'un des plus récents est celui de M. Collinet, *Etudes historiques*, 1, pp. 85-113 où l'on trouvera, p. 85, n. 1 une bibliographie. Ajouter Mitteis, *Grundzüge*, pp. 184-186 ; Cornil, *Mélanges Girard*, 1, pp. 222-263, et Senn, *N. R. H.*, 37, 1913, pp. 595-623.

1. Cf. sur Plaute, Bechmann, *Der Kauf*, 1, pp. 520-526 et Senn, pp. 581-585, sur les arrhes grecques Caillemer, *R. de législat.*, 1871, pp. 661-666 et aujourd'hui Partsch, *Goetting. gelehrte Anzeigen*, 1911, pp. 713-722. V. sur le sens du mot dans les langues sémitiques dont il vient, les témoignages réunis par M. Leonhard, p. 1223.

2. Gaius, 3, 139 : *Quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae*. Cf. Gaius, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 35, *pr.*

3. Livre syro-romain, L 51 ; cf. R II 32, suivant l'interprétation proposée par Esmein, *Mélanges*, pp. 413-414 et généralement préférée aujourd'hui à celle donnée par Bruns dans Bruns et Sachau, *Syrisch römisches Rechtsbuch*, p. 216 et ss. Cf. encore sur L 38 Carusi, *B. Ist. D. R.*, 28, 1916, et Schupfer, *Memorie Acc. Lincei*, 1917, pp. 443-469.

4. V. dans Mitteis, *Chrestomathie*, les nos 69 (*C. P. R.*, 19, de l'an 330) l. 24, 257 (*B. G. U.*, 446 de l'an 148 ou 149) l. 16-17, et 258 (*P. Lond.*, II, p. 211, de l'an 166) l. 23-24. Ces textes rapprochés démontrent que la somme versée, qui, d'ailleurs, ressemble moins là aux modestes arrhes ordinaires de Rome qu'à un fort acompte sur le prix (500 drachmes sur 800 dans le n° 257, 14 sur 21 dans le n° 258, doit être rendue au double par le vendeur s'il n'exécute pas la vente et perdu par l'acheteur s'il ne paie pas le reste du prix.

5. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* (p. 553, n. 1).

les ventes *sine scriptura*, elles pourraient ou jouer toujours l'ancien rôle probatoire, ou jouer encore le rôle nouveau de moyen de dédit. Et, dans le second cas, elles fourniraient un nouvel exemple de ventes qui ne seraient pas parfaites à cette époque par le seul consentement : les ventes, même *sine scriptura*, pour lesquelles on aurait remis des arrhes. Le langage contradictoire tenu sur ce point par Justinien rend à peu près impossible de savoir ce qu'il a voulu décider[1].

III. Effets de la vente. — La vente étant un contrat et les contrats n'étant à Rome ni translatifs de propriété, ni générateurs de droits réels, elle ne peut avoir pour effet que d'engendrer des obligations. Etant un contrat synallagmatique, elle engendre chez les parties des obligations réciproques : chez l'acheteur des obligations sanctionnées par l'*actio venditi* donnée contre lui au vendeur ; chez le vendeur, des obligations sanctionnées par l'action *empti* donnée contre lui à l'acheteur. Ces obligations peuvent se ramener : pour le vendeur, à l'obligation de garder la chose jusqu'à la délivrance, à l'obligation de délivrance, à l'obligation de garantir l'acheteur contre l'éviction et à celle de le garantir contre la découverte des vices cachés ; pour l'acheteur, à celle de payer le prix[2].

A. *Obligations du vendeur.* — 1. *Obligation de garder la chose* (*théorie des risques*). Les vendeurs de corps certains, donc tous les vendeurs si le droit romain n'admettait pas la vente des genres, sont, par une conséquence de leur obligation de livrer, tenus de garder la chose. C'est une obligation qui se rattache à l'obligation de délivrance et que l'on pourrait étudier après elle, mais qui la précède chronologiquement et que nous croyons par suite préférable d'étudier auparavant.

A partir du moment de la vente, le vendeur est obligé de veiller sur la

1. Justinien, *Inst.*, *h. t. pr.*, dit d'abord qu'il n'a pas innové en ce qui concerne les ventes *sine scripturis* (*nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est*) ; mais il dit ensuite positivement que, s'il y a eu des arrhes, elles jouent le rôle de peine du dédit, même dans les ventes *sine scripturis* (*hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est*. Si l'on prend le commencement du texte, les arrhes restent une preuve ; si on prend la fin, elles sont une peine du dédit. Les deux opinions ont des partisans et il y a de plus des systèmes intermédiaires.

2. Les obligations résultant de la vente pour les deux parties sont énumérées dans un texte connu de Paul, *D.*, 19, 4, *De rer. permut.*, 1, *pr.* : *Emptor enim nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo*. L'acheteur est donc, d'après ce texte, obligé à payer le prix, le vendeur à s'engager à garantie, à livrer la chose et à s'abstenir du dol, c'est-à-dire, en laissant de côté les singularités d'ordre et de rédaction du texte, qui s'expliquent peut-être par des formules traditionnelles venant de circonstances historiques, à délivrer, à garantir et à s'abstenir de dol. Mais l'obligation de s'abstenir de dol n'est spéciale ni au vendeur, ni à la vente, elle existe pour toutes les parties dans tous les contrats de bonne foi, et, d'autre part, il y a, croyons-nous, avantage à faire ressortir, d'une manière distincte, l'obligation de garder la chose dont le texte ne parle pas.

chose vendue, d'apporter à sa conservation les soins du bon administrateur type (*praestare talem diligentiam qualem bonus paterfamilias adhibet*) : il est responsable de la faute que ce bon administrateur n'aurait pas commise (*culpa levis in abstracto*)[1]. Cette responsabilité peut être atténuée par la convention des parties. Elle peut être aggravée par une convention contraire, par exemple par une convention mettant à sa charge les cas fortuits. Elle l'est aussi par la mise en demeure dont l'effet est précisément de le rendre responsable des cas fortuits[2]. Mais, en dehors de là, il est tenu de sa faute légère et il n'est pas tenu d'autre chose ; en sorte que l'absence de convention contraire ou de mise en demeure, l'accident, l'événement de force majeure qui rend l'exécution de l'obligation impossible en tout ou partie, la perte totale ou partielle de la chose arrivée par cas fortuit, le libère en tout ou partie de son obligation[3].

Débiteur d'un corps certain, il est libéré par la perte de la chose, que cette perte vienne, d'ailleurs, d'un accident naturel, mort de l'esclave, incendie de la maison allumé par la foudre, ou d'un acte de l'autorité publique, expropriation de fonds provinciaux sur lesquels on installe une colonie militaire, ou délit d'un tiers, qui a par exemple tué ou volé l'esclave vendu[4]. Tout ce que le vendeur devra livrer à l'acheteur, ce sera ce qui lui reste de la chose, s'il lui en reste quelque chose : les débris de la maison brûlée ; l'indemnité peut-être dérisoire donnée par l'Etat s'il en donne une, au cas d'expropriation : au cas de délit d'un tiers, les actions nées du fait délictueux, les actions pénale et réipersécutoire nées du vol, l'action unique née du délit de la loi Aquilia[5]. Il doit toujours ce qu'on a appelé les débris matériels et juridiques de la chose ; mais il ne doit plus qu'eux.

Seulement la question qui surgit, c'est la question de savoir si l'acheteur, qui perd sa créance en tout ou partie, restera néanmoins tenu de sa dette du prix, ou si au contraire il ne sera pas libéré par voie de

1. Paul, *D.*, 18, 6, *De per. et comm. rei venditae*, 3. Cf. les solutions divergentes de Labéon et de Paul, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 54.

2. Voir pour la responsabilité des cas fortuits résultant d'une convention des parties, *Inst.*, *h. t.*, 3 *a* ; pour celle résultant de la mise en demeure, la théorie de la demeure dans le titre des Effets des obligations.

3. *Inst.*, *h. t.*, 3 : *Quidquid enim sine dolo aut culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.*

4. V. pour la perte venant d'un accident naturel, *Inst.*, *h. t.*, 3 ; pour celle venant d'un délit, *Inst.*, *h. t.*, 3 *a* : pour celle résultant d'une expropriation, Paul, *D.*, 21, 2, *De evict.*, 11, où l'hypothèse est d'ailleurs envisagée au point de vue un peu différent de l'éviction ; on a pu se demander en partant d'Africain, *D.*, 19, 2, *Locati*, 33 (p. 557, n. 3), si cette solution était déjà admise pour ce cas par Africain et par Julien qui est sans doute là comme ailleurs l'auteur cité par Africain dans ses *quaestiones*.

5. Débris juridiques : *Inst.*, *h. t.*, 3 *a*.

conséquence. C'est la question de savoir qui supportera la perte, à la charge de qui sont les risques [1].

La réponse, aujourd'hui à peu près incontestée [2], est que le droit romain considère alors l'acheteur comme étant toujours obligé à payer le prix, à plus forte raison comme n'ayant pas le droit de le répéter quand il l'a payé. La chose vendue est aux risques de l'acheteur à partir de la vente et dès avant la tradition. Si une perte arrive, le vendeur, bien que libéré de sa dette de la chose, garde sa créance du prix, l'acheteur, bien que n'ayant plus sa créance de la chose, reste toujours débiteur du prix [3].

Cette solution s'explique très bien dans le système que nous croyons avoir été le système primitif, où les deux créances indépendantes naissaient de deux stipulations et où chaque contrat, se suffisant à lui-même, n'avait pas lieu d'être influencé par le sort de l'autre. Elle est beaucoup plus difficile à justifier pour l'époque où la vente fait naître deux actions de bonne foi. Les deux créances sont liées l'une à l'autre. Elles ne peuvent, avons-nous vu, être invoquées l'une sans l'autre. Elles devraient aussi disparaître l'une avec l'autre. C'est si bien dans la notion

1. *D.*, 18, 6, *De periculo et commodo rei venditae.*

2. Elle a autrefois été souvent contestée en disant que la chose périt pour le propriétaire, donc jusqu'à la délivrance pour le vendeur qui cesse seulement alors d'être propriétaire. Elle l'a été de nouveau de notre temps par M. Puntschart, *Die fondamentalen Rechtsverhältnisse*, 1885, p. 213 et ss. M. Hartmann, *Iahrbücher* de Ihering, 22, 1884, pp. 417-496, a soutenu qu'elle se restreint aux accidents matériels à l'exclusion des accidents juridiques tels par exemple que l'expropriation.

3. *Inst.*, *h. t.*, 3 : *Emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.* La même solution est donnée par Paul, *D. h. t.*, 8, *pr.* : *Perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet* et par Ulpien, *D.*, 47, 2, *De furtis*, 14, *pr.* : *Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet*, et avant eux par Africain, citant probablement Julien, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 39, par Julien lui-même, *D.*, 18, 5, *De resc. vend.*, 5, 2, et par Alfenus Varus, *D.*, 18, 6, *De per.*, 12 (11), *in fine*. Les textes qu'on a invoqués en sens contraire ne sont pas très difficiles à écarter. Le plus embarrassant est Africain, *D.*, 19, 2, *Locati*, 33, qui, pour justifier une solution donnée en matière de louage, dit qu'en matière de vente, quand le fonds vendu a été confisqué avant la tradition, l'acheteur ne doit pas le prix et peut le réclamer, s'il l'a payé, mais d'ailleurs, n'a pas droit à des dommages-intérêts. Il existe de ce fragment des explications très nombreuses et toutes un peu boiteuses ; mais ce qui lui enlève toute importance, c'est qu'outre qu'il donne seulement une solution incidente en s'occupant du louage et non de la vente, Julien et Africain mettent ailleurs nettement les risques à la charge de l'acheteur. La même considération fait justice de deux textes de Paul et d'Alfenus qu'on a encore opposés : le premier, Paul, *D.*, *h. t.*, 13 ; 15, dit, au sujet de lits qui, après la vente, ont été déposés sur la voie publique et détruits par les édiles, que les risques sont pour le vendeur : il s'explique, croyons-nous, par l'idée que le vendeur est en faute ; le second, *D.*, *h. t.*, 15, 1, rapporte une décision d'Alfenus, d'après laquelle des poutres ne sont aux risques de l'acheteur qu'après qu'il les a marquées : il se rapporte, à notre sens, à une vente de matériaux à prendre dans un chantier (p. 559, n. 3). Mais, en tout cas, ni l'un ni l'autre n'a d'importance, parce que Paul et Alfenus admettent tous deux, avons-nous vu, que les risques sont pour l'acheteur.

de la bonne foi qu'un texte décide que si la dette du prix vient à disparaître par l'effet d'une loi, la dette de la chose devra, à cause de la bonne foi, disparaître pareillement [1]. Il semblerait naturel qu'il n'en fût pas autrement quand c'est la créance de la chose qui disparaît avant l'exécution, que l'acheteur qui s'est engagé seulement en vue de l'équivalent convenu fût libéré quand cet équivalent ne peut lui être fourni. Il ne paraît pas très juste que le vendeur, qui n'a pas livré, qui est resté propriétaire, soit dispensé de souffrir de la perte de sa chose à raison d'un contrat qu'il n'a pas exécuté. Et cette injustice devient encore plus saillante dans certains cas qui sont ceux où il est le moins intéressant et où le système lui sera le plus favorable [2].

A la vérité, la règle romaine a aussi été défendue bien des fois par des arguments fort divers, tendant les uns à la justifier pleinement et les autres plutôt à émousser les critiques dirigées contre elle. Ainsi ses défenseurs les plus résolus l'ont présentée comme l'expression fidèle du caractère économique de la vente, où, dit-on, le vendeur a pour but de substituer dans son patrimoine à une valeur variable, susceptible de fluctuation, une valeur plus stable, tandis que l'acheteur poursuit un but inverse et où ces buts doivent être atteints l'un et l'autre non seulement quand le droit réel, mais quand le droit personnel, le droit de créance est né pour chacun sur l'objet qu'il vise, donc dès le moment de la formation du contrat et non pas seulement depuis celui de son exécution [3]. Plus modestement, on fait remarquer que les hypothèses d'enrichissement du vendeur signalées comme les plus choquantes seront en fait plus rares qu'on ne pourrait croire [4]. On fait remarquer aussi

1. Labéon, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 50 : *Bona fides non patitur ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditate debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret.*

2. Les deux cas qui paraissent les plus choquants sont : 1° celui où le vendeur a vendu la chose à deux personnes et où, par suite de sa perte, il va pouvoir réclamer le prix aux deux, tandis que, si elle n'avait pas péri, il n'aurait pu le réclamer qu'à l'une et aurait même dû à l'autre des dommages-intérêts ; 2° celui où il a vendu la chose d'autrui et où il touchera le prix sans aucun déboursé, tandis que, si elle avait subsisté, il lui aurait fallu se la procurer pour la délivrer avant d'exiger le prix et il eût été même passible de dommages-intérêts s'il n'avait pu se la procurer.

3. Cf. Saleilles, *Essai d'une théorie de l'Obligation*, 1890, n° 183. D'autres fois on dit tout simplement que l'acheteur, ayant les risques de plus-value, doit avoir ceux de moins-value. Mais, si cela explique que les améliorations et les détériorations se balancent, cela n'explique pas que l'acheteur subisse en outre les pertes totales : dans la vente conditionnelle où l'acheteur a les chances de plus-value, il ne supporte néanmoins que la perte partielle (p. 559, n. 2).

4. Pour la vente de la chose d'autrui, le vendeur ne peut obtenir le prix, si la chose a péri par un délit, qu'en cédant les actions nées du délit, qu'il ne pourra pas céder s'il n'est pas propriétaire ; même dans les autres cas, il ne le peut peut-être pas, s'il a su qu'il n'était pas propriétaire, car celui qui a vendu sciemment la chose d'autrui est obligé à indemniser l'acheteur avant toute éviction

que la règle qui met les risques à la charge de l'acheteur n'est qu'une règle d'interprétation[1], qu'elle peut donc être écartée par une manifestation de volonté, et qu'elle l'est en effet dans deux cas principaux : dans celui de la vente conditionnelle, où non pas la perte partielle, mais la perte totale de la chose avant l'événement de la condition empêche la vente de se former faute d'objet : en sorte que les risques de perte partielle y restent bien à l'acheteur, mais que ceux de perte totale y sont pour le vendeur[2] ; dans celui, qui n'est pas au fond très différent, de vente à tant la mesure ou à tant l'unité de choses individuellement déterminées, par exemple du blé d'un grenier, du bétail d'un troupeau, où l'acheteur ne devra naturellement le prix que des têtes de bétail, des mesures de blé qui existeront encore au moment de la délivrance[3].

Nous n'en croyons pas moins que la grande raison de l'existence du système est dans la tradition, dans les habitudes d'esprit contractées avant la naissance de la vente consensuelle et de bonne foi qui y ont fait conserver les règles produites auparavant par l'indépendance naturelle des deux stipulations ; la théorie des risques est même, à notre sens, un vestige singulièrement frappant du temps où les deux obligations du vendeur et de l'acheteur naissaient de deux contrats distincts.

2. *Obligation de délivrance.* Le vendeur est obligé à livrer la chose (*rem praestare*, *possessionem tradere*, *vacuam possessionem tradere*), l'acheteur a le droit de demander la délivrance par l'action *empti*. Si l'acheteur a conclu la vente, s'il s'est engagé à payer le prix, c'est pour recevoir la chose, pour en obtenir la disposition, pour en devenir propriétaire, dirait-on aujourd'hui et peut-on déjà dire à Rome ; car le but de l'opération n'a pas changé[4]. Mais si le but de l'opération n'a

de ce qu'il ne l'a pas rendu propriétaire (p. 561, n. 3) et on a même dit qu'il pourrait peut-être invoquer cette idée pour ne pas payer ; il ne resterait alors que le cas du vendeur de bonne foi d'une chose d'autrui qui a péri par cas fortuit sans délit. Cf. Windscheid, 2, § 390, n. 16. Quant à la vente faite successivement à deux personnes, M. de Ihering a soutenu qu'elle ne fait jamais naître deux créances du prix, *Œuvres choisies*, 1, 1893, pp. 89-124. A notre sens, elle doit en faire naître deux quand les deux ventes ont été faites de bonne foi, par exemple, la première par une personne et la seconde par un héritier ; mais, quand on a fait la seconde sciemment, on a commis par là un délit de *falsum*, *D.*, 48, 10, *De leg. Corn. de falsis*, 21, et le vendeur ne peut donc invoquer aucun droit en vertu de cette vente. Cf. Dernburg-Sokolowski, § 353, n. 5.

1. Cela ne justifie pas la règle, si elle est mauvaise ; car alors il aurait mieux valu poser la présomption inverse ; mais cela permet de dire qu'elle ne s'impose à personne.

2. *D.*, *h. t.*, 8, *pr.*

3. *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 35, 5, qui dit positivement qu'il y a vente conditionnelle : en conséquence, l'acheteur qui ne subit pas les risques de perte totale pour chacune des choses subira pour elles les risques de détérioration. Il en est autrement dans le cas voisin où l'acheteur a acheté un certain nombre de choses à prendre dans la masse et où il ne subit ni les risques de perte ni ceux de détérioration (*C.*, 4, 48, *De periculo*, 2, *pr.*).

4. La preuve en est que la vente est un juste titre d'usucapion, donc un événe-

pas changé, l'obligation qui résulte de cette opération l'a fait. Chez nous, le vendeur est obligé à transférer la propriété, l'acheteur peut se plaindre, en dehors de tout trouble, quand il n'a pas été rendu propriétaire. A Rome, la vente qui tend à amener le transfert de propriété, qui normalement l'amènera, n'oblige pas directement le vendeur à faire ce transfert, ne permet pas à l'acheteur de se plaindre par cela seul qu'il ne le reçoit pas [1]. Tout ce que le vendeur doit à l'acheteur, c'est la *possessio*, la *vacua possessio*.

Ce système est évidemment moins simple que celui où le vendeur serait, comme un débiteur quelconque de corps certain, obligé de transférer la propriété. Il a donc été certainement inventé dans un but d'utilité pratique, non pas, croyons-nous, par les théoriciens du temps de l'Empire, mais par les anciens praticiens qui ont rédigé les premières formules de stipulations de vente et d'achat.

La formule selon laquelle le vendeur s'oblige à *vacuam possessionem tradere* a été inventée, croyons-nous, au temps où la vente consensuelle n'existait pas encore et dès lequel elle est devenue la plus populaire. Elle a prévalu sur d'autres formules moins heureuses, afin de rendre la vente d'une application plus large et peut-être d'un maniement plus commode : afin de rendre la vente accessible à tous, même aux pérégrins qui n'auraient pas pu figurer dans un contrat ayant pour objet le transfert de la propriété quiritaire, qui n'étaient susceptibles ni de la transférer, ni de la recevoir ; ensuite afin de la rendre applicable à toutes les choses, mêmes aux choses non romaines, aux fonds provinciaux, qui ne sont pas susceptibles de propriété quiritaire, mais dont on peut très bien remettre et recevoir la possession ; enfin, même pour les choses romaines vendues entre Romains, afin de soustraire le vendeur à une preuve de sa propriété qui serait souvent difficile et compliquée, afin de ne pas permettre à l'acheteur de le tourmenter à raison de troubles hypothétiques, que l'usucapion empêchera vite de se produire, dont il sera temps de s'occuper s'ils se produisent auparavant. Et ces avantages autant que la routine ont maintenu la règle sans changement dans la vente consensuelle et de bonne foi du droit classique où elle peut s'ex-

ment qui implique l'intention d'acquérir ; que celui qui croit faussement acheter *a non domino* devient propriétaire (*D.*, 22, 6, *De jur. et facti ignor.*, 9, 4) ; qu'on ne peut pas convenir dans une vente que la propriété ne passera pas à l'acheteur (Labéon, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 80, 3 : *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur ne ad emptorem transeat*).

1. Cela résulte déjà de l'opposition faite par Paul *D.*, 19, 4, *De rer permut.*, 1, *pr.*, entre les obligations du vendeur et celles de l'acheteur. Cf. en outre, Africain (ou plutôt Julien), *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 30, 1 : *Venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* ; Ulpien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 25, 1 : *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit.*

primer en deux propositions : 1° le vendeur n'est pas tenu à *dare* ; 2° il est tenu à *vacuam possessionem tradere*.

a) Le vendeur n'est pas tenu à *dare*, à rendre l'acheteur propriétaire. Le créancier par stipulation, auquel le promettant offre la chose d'autrui, a le droit de la refuser, et, s'il apprend qu'elle n'appartenait pas au débiteur seulement après l'avoir reçue, il peut, dès qu'il s'en aperçoit, poursuivre son débiteur en disant qu'il n'y a pas eu paiement valable. L'acheteur romain, auquel on offre la *res aliena*, ne peut pas en principe refuser de la prendre et de payer le prix pour cette seule cause ; il ne peut pas, en apprenant plus tard qu'elle est à autrui, agir en dommages-intérêts pour ce seul fait[1]. Le seul fait que l'acheteur n'a pas été rendu propriétaire, qu'il est exposé à succomber plus tard au pétitoire sur la revendication du véritable propriétaire ne l'autorise pas à dire que le vendeur n'a pas accompli son obligation de délivrance ; car le vendeur n'est pas obligé à lui transférer la propriété, à *dare*.

Il n'en serait autrement, le vendeur ne serait obligé par exception par le seul fait qu'il n'a pas rendu l'acheteur propriétaire que dans deux cas : dans celui d'une convention expresse en ce sens, qui n'a probablement pas toujours été admise, mais qui a peut-être fini par l'être[2] ; ensuite dans celui de vente de la chose d'autrui faite par un vendeur de mauvaise foi à un acheteur de bonne foi[3], où celui-ci pourra à raison du dol du vendeur agir immédiatement en indemnité du préjudice que lui cause le défaut d'acquisition de la propriété[4].

1. C'est la conséquence indiscutée des textes cités, p. 560, n. 1.

2. On considérait habituellement Celse, *D.*, 12, 4, *De cond. causa. data*, 16 (Lenel, 73), comme repoussant cette clause, par ex. en partant de l'idée que les contrats consensuels sont des exceptions au droit commun, des conventions munies par faveur du droit d'action, qui ne peuvent jouir de cette faveur qu'à condition de garder leur type régulier, de l'idée que, quand on modifie l'un des éléments essentiels du contrat, il n'y a plus qu'un pacte ordinaire à la place du contrat consensuel. Depuis, on a soutenu que le texte, qui qualifie présentement l'opération par les mots *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* et qui apparaît comme parlant d'une vente, n'aurait acquis cette apparence que par une corruption venant d'un copiste qui aurait pris pour une abréviation de *pe*(*cuniam*) une abréviation de *Pam*(*philum*), avait pensé M. Appleton, de *r*(*em*) selon M. P. Krueger, et qui se serait trouvé rapporter ainsi à la vente ce qui était dit de l'échange. V. Appleton, *N. R. H.*, 1906, pp. 739-780, 1907, pp. 100-103. Mais voir les objections de MM. Scialoja, *B. Ist. D. R.*, 19, 1907, pp. 161-196 et Kuebler, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 418-422. En tout cas, la solution contraire a été donnée par Paul ou placée sous son autorité par les compilateurs, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 5, 1 (Lenel, 1322). Cf. précédemment sur les deux textes, Schlossmann, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 142-193. Erman, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 465-469.

3. Africain, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 30, 1 : *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit* (Julien) *in id, quanti mea intersit meam esse factam*. Par exemple, dit la suite du texte, l'acheteur voulait affranchir l'esclave ou donner la chose à gage et ne le peut pas efficacement faute d'être devenu propriétaire.

4. On indique en outre quelquefois un troisième cas, celui du vendeur d'une

b) Le vendeur est obligé à *vacuam possessionem tradere*, à faire une remise de la possession. Reste à savoir ce qu'il faut entendre par là : il faut pour cela préciser, d'une part, l'effet juridique que devra produire cette délivrance, d'autre part, la manière dont elle devra se réaliser.

Sur le premier point, la réponse est très nette dans les textes. D'après une doctrine déjà arrêtée au plus tard à la fin du premier siècle de l'ère chrétienne, l'acheteur, qui n'a pas le droit d'exiger qu'on le rende propriétaire, qu'on lui donne une situation inexpugnable au pétitoire, a le droit d'exiger qu'on lui donne une situation inexpugnable au possessoire, qu'on lui donne une possession dont il ne puisse pas être dépouillé par un interdit. L'acheteur a le droit d'agir *ex empto* même contre un vendeur de bonne foi, en disant que la délivrance est insuffisante, qu'il n'a pas la *vacua possessio*, s'il apprend qu'un tiers a contre lui un interdit[1].

Quant au mode d'accomplissement de la délivrance, elle doit naturellement toujours comprendre une remise de la possession qui s'opérera par les procédés ordinaires de la tradition et elle doit aussi, sans grande difficulté, s'étendre, à côté de la chose vendue, à ses accessoires et dépendances, ainsi aux accroissements reçus par la chose entre la vente et la tradition, aux fruits, aux titres de propriété[2]. Mais la question principale est de savoir si la tradition suffira partout, s'il ne faut pas en outre, pour les *res mancipi*, une mancipation qui rendra l'acheteur propriétaire quand le vendeur l'était, qui, au cas contraire, fondera l'*actio auctoritatis* pour le cas d'éviction.

La seconde solution est, à notre avis, certaine. Le vendeur d'une *res mancipi* est obligé à en faire mancipation[3]. On l'a soutenu en partant

res mancipi, qui, quand il en serait propriétaire, serait tenu de *dare*, en ce sens qu'il ne pourrait se contenter d'en faire une tradition génératrice de la propriété prétorienne, qu'il devrait en transférer la propriété quiritaire par mancipation ou par *in jure cessio*. A notre sens, il y a là une confusion : que le vendeur d'une *res mancipi* soit propriétaire ou non, il n'est pas plus obligé là qu'ailleurs à transférer la propriété ; mais, qu'il soit propriétaire ou non, il est obligé non pas à faire mancipation ou *in jure cessio*, mais à faire mancipation de la *res mancipi* pour remplir son obligation de *vacuam possessionem tradere* (p. 563, notes 1-3).

1. Ulpien citant Neratius et Julien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 11, 13 : *Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit : sed Julianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit : erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur*. Application, *D. h. t.*, 2, 1.

2. Alluvion qui a accru le fonds : *Inst.*, *h. t.*, 3. Libéralités acquises par l'esclave dans l'intervalle : *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, 18. Fruits : *F. V.*, 15. Titres : les contrats de vente d'esclaves faisant partie de la collection des triptyques de Transylvanie portent tous que l'esclave a été livré *apochatus*, c'est-à-dire avec la quittance du prix payé par le vendeur actuel à son propre auteur, sauf un qui dit pourquoi : celui relatif à une petite esclave de six ans environ *empta sportellaria*, c'est-à-dire reçue par-dessus le marché par le vendeur actuel dans un achat antérieur, peut-être dans l'achat de la mère : *Textes*, p. 845, n° 2.

3. Cf. Girard, *N. R. H.*, 1884, pp. 396-401 (*Garantie*, pp. 102-107).

du caractère de bonne foi de la vente, de l'obligation de s'abstenir de dol du vendeur[1]; on peut le soutenir, à notre sens, même en dehors de ce caractère, par conséquent même pour le temps où la bonne foi n'avait pas reçu tout son développement, même pour l'époque où la vente consensuelle n'existait pas encore, où la vente se faisait par des stipulations, en partant de la nature de la vente, de l'obligation de *vacuam possessionem tradere*, qui implique que, si le vendeur n'est pas astreint à donner plus de droits qu'il n'en a lui-même, il doit au moins se dépouiller au profit de l'acheteur de tous ceux qu'il a. En tout cas, et quel qu'en soit le fondement, l'obligation imposée à celui qui vend une chose *mancipi* d'en faire la mancipation est une pièce du système de la vente consensuelle, sans laquelle ce système ne serait pas compréhensible[2] et dont l'existence est affirmée par des textes décisifs[3].

Telles sont les règles qui régissent la délivrance, quand la vente a pour objet une chose corporelle. Quand la vente porte sur une chose incorporelle, on applique encore dans l'ensemble le principe que le vendeur n'est pas tenu à transférer le droit, mais simplement à en fournir la libre jouissance. Seulement la mise en jeu de ce principe présente des diffé-

1. Le vendeur commet un dol en voulant retenir sans motif le *nudum jus quiritium*. En outre, pourrait-on ajouter, les clauses de style se sous-entendent dans les contrats de bonne foi ; or la mancipation était tout à fait usuelle pour les *res mancipi* (p. 297, n. 3). Les triptyques de Transylvanie comprennent trois ventes d'esclaves et une vente d'immeuble. Ils mentionnent la mancipation pour les quatre. L'usage paraît même déjà connu de Plaute, *Persa*, 4, 4, 40.

2. C'est la seule manière de concilier les textes qui disent que le vendeur n'est pas obligé à *dare* (p. 560, n. 1) avec ceux selon lesquels on ne peut convenir que la propriété ne sera pas transférée, selon lesquels la propriété sera transférée, même si l'acheteur ne croyait pas le vendeur propriétaire (p. 559, n. 4). Ces solutions s'imposent avec la délivrance opérée par mancipation ; la dernière surtout ferait difficulté pour la tradition, si elle n'y avait pas passé de la mancipation.

3. Paul. *Sent.*, 1, 13 *a*, 4, dit, évidemment en visant distributivement les *res mancipi* et *nec mancipi* : *Venditor cogi potest ut tradat aut mancipet*. Gaius, 4, 131 *a*, suppose qu'on peut agir *ex empto ut fundus mancipio detur*. Mais l'argument le meilleur est fourni, à notre sens, par Ulpien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 11, 2 (Lenel, 930) : *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere : quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum eove nomine satisfactum*. Le Digeste dit *id est tradere*, et il ne peut dire autre chose à l'époque de Justinien où la mancipation a disparu. Mais il est certain qu'Ulpien parlait autrement, car les effets qu'il assigne à l'acte ne seraient pas vrais pour la tradition en droit classique ; elle n'oblige jamais le vendeur non propriétaire à raison de l'éviction et elle ne transfère la propriété civile, le *dominium*, que pour les choses les moins importantes, pour les *res nec mancipi*. L'effet relatif à la garantie d'éviction n'est jamais produit que par la mancipation, qui fait naître l'*actio auctoritatis* : celui relatif à la translation de propriété n'est produit que par elle pour les choses les plus importantes. Il est donc impossible qu'Ulpien n'ait pas parlé d'elle en les indiquant tous deux. Il a pu le faire en termes quelconques, probablement, comme pense Lenel, par les mots *id est tradere et si mancipi est mancipare* ; mais il a nécessairement parlé de la mancipation. Et par conséquent, le texte prouve que le vendeur de la chose *mancipi* est obligé de la manciper.

rences selon que la chose vendue est une servitude à constituer[1], une servitude personnelle déjà constituée[2], une créance[3] ou une hérédité[4].

3. *Obligation de garantie d'éviction*[5]. L'obligation de garantie d'éviction, est, dit-on, en droit moderne, un prolongement de l'obligation de délivrance. Le vendeur est obligé de maintenir l'acheteur en possession de la chose qu'il a remise, il est tenu à l'indemniser, au cas de dépouillement venant de ce qu'il ne lui a pas donné un droit supérieur à celui du tiers auteur de l'éviction.

Cette idée est déjà jusqu'à un certain point celle du droit de Justinien où l'acheteur évincé peut avoir contre le vendeur deux actions principales : l'action *empti* fondée sur le contrat et l'action *ex stipulatu duplae* résultant d'un contrat verbal. Mais cette notion n'a pas toujours existé et les deux actions qui la sanctionnent sont même le résidu du développement historique par lequel on y est parvenu : tandis que l'action *empti* en garantie ne nous permet pas de remonter au delà de l'époque où l'on a considéré l'obligation de garantie comme résultant de l'accord de volontés qui constitue le contrat consensuel de vente, l'action *ex stipulatu duplae* nous ramène à un temps où il fallait un contrat verbal pour rendre la convention de garantie obligatoire, et elle n'est elle-même

1. Le vendeur, n'étant pas tenu à *dare*, ne sera pas responsable par cela seul qu'il n'aura pas valablement constitué la servitude par suite de son défaut de propriété. Mais on peut se demander, pour lui comme pour le vendeur de chose corporelle, s'il n'est pas obligé à l'acte qui transférerait le droit, s'il était propriétaire : à la mancipation qui constituera le droit, s'il est propriétaire, et qui fera naître l'*actio auctoritatis*, s'il ne l'est pas, au cas de vente de servitude rustique ; à l'*in jure cessio*, au cas de vente d'autre servitude.

2. L'usufruit déjà constitué présente cette particularité qu'à moins qu'il ne soit vendu au nu propriétaire, à qui on ferait délivrance par *in jure cessio* (p. 385, n. 2), il n'y a pas de procédé civil qui permette de le faire passer à l'acquéreur. Mais nous avons vu qu'on admet souvent que la délivrance faite par l'usufruitier à son acheteur fera acquérir à celui-ci un droit réel prétorien, à condition naturellement que ce vendeur fût véritablement usufruitier (p. 373, n. 1).

3. En matière de créance, la délivrance se réalisera par les procédés ordinaires de cession de créance, qui font avoir au cessionnaire les avantages pratiques de la créance, mais qui, anciennement tout au moins, ne font pas passer la créance d'une tête sur une autre.

4. La qualité d'héritier une fois acquise ne peut se déplacer. Le vendeur peut seulement en faire passer les résultats sur la tête de l'acheteur, en lui remettant individuellement les choses corporelles, en lui faisant passer les créances par les procédés habituels de cession de créances ou en convenant avec lui de lui en faire avoir le bénéfice, et, pour le passif, en convenant avec lui que cet acheteur le remboursera des dettes, à moins que le créancier ne consente à accepter l'acheteur comme débiteur à sa place. Seulement, soit pour faciliter les recours résultant de l'obligation du vendeur de donner à l'acheteur le produit des créances héréditaires recouvrées par lui et de l'obligation de l'acheteur de rembourser le vendeur des dettes héréditaires payées par lui, soit par une réminiscence du temps où la vente se faisait par stipulations, il intervenait entre eux des stipulations *emptae et venditae hereditatis* par lesquelles le vendeur promettait à l'acheteur tout ce qu'il toucherait de l'actif et l'acheteur au vendeur tout ce que ce dernier paierait du passif (Gaius, 2, 252).

5. *D.*, 21, 2, *De evictionibus et stipulatione duplae*.

que la copie d'une autre action qui peut seulement s'expliquer en remontant à l'époque où la vente au comptant se faisait par mancipation. Ce sont là trois systèmes distincts qui se sont, non pas supplantés, mais juxtaposés et dont il est nécessaire de connaître sommairement l'histoire pour bien entendre le régime définitif[1].

L'origine du développement remonte jusqu'au temps, antérieur aux XII Tables, où la mancipation était une vente au comptant, accompagnée d'une pesée réelle du prix. L'acquéreur courait dès alors un danger que ne courait pas l'aliénateur, celui de perdre ce qu'il donnait et de ne pas conserver ce qu'il recevait en échange, quand il acquérait *a non domino* et qu'il était ensuite dépouillé par le vrai propriétaire. Pour le protéger contre ce péril, le très ancien droit civil créa à son profit une action spéciale : l'*actio auctoritatis*[2], en restitution du double du prix, donnée à l'acquéreur par mancipation contre son auteur, quand, avant qu'il fût protégé par l'usucapion, cet auteur le laissait être dépouillé par la revendication d'un tiers. Cette action, dont l'existence est prouvée à la fois par des textes littéraires, par des textes juridiques et par des textes épigraphiques[3], subsiste encore à l'époque classsique où la mancipation

1. Nous avons étudié les trois systèmes dans trois articles consacrés à l'*actio auctoritatis*, *N. R. H.*, 1882, pp. 280-318, aux stipulations de garantie, *N. R. H.*, 1883, pp. 537-592, et à la garantie d'éviction dans la vente consensuelle, *N. R. H.*, 1884, pp. 396-439, qui ont été rassemblés sous le titre d'*Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, 1884. L'étude en a été reprise depuis avec soin par M. Rabel, *Die Haftung d. Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, 1. *Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg*, 1902, pp. 1-163. V. encore Haymann, *Die Haftung d. Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, 1, 1912 (comptes rendus de Partsch, *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 600-619, et de Stintzing, *K. V. I.*, 15, 1913, pp. 538-565), et dans la littérature antérieure, outre l'ouvrage de Bechmann cité. p. 545, n. 1, Eck, *Die Verpflichtung d. Verkaüfers z. Gewährung d. Eigenthums*, 1875.

2. Tant que l'acquéreur n'a pas eu le temps d'usucaper, son aliénateur doit venir l'assister en justice contre les tiers qui prétendent le dépouiller de la chose (*auctoritatem praestare*) ; d'où l'interpellation rapportée par Valerius Probus, 4, 7, dans les formulaires d'Actions de la loi : *Quando in jure te conspicio postulo anne fias auctor* (cf. H. Pflüger, *Die legis actio sacramenti*, 1898, pp. 35-46 et les renvois). S'il ne peut ou ne veut le faire, s'il laisse dépouiller son acquéreur, il est tenu de lui remettre le double du prix tel qu'il résultait de la pesée au temps où la pesée était réelle, tel qu'il résulta plus tard de la déclaration de l'acquéreur comprise dans la formule de la mancipation (p. 293, n. 1). Et l'acheteur a, pour le lui réclamer, une action qui paraît porter le nom d'*actio auctoritatis* ou *de auctoritate* (v. Paul, *Sent.*, 2, 17, 3, n. 3).

3. Comme texte juridique, nous citerons seulement Paul, *Sent.*, 2, 17, 3. Après avoir dit, 2, 17, 1, que le vendeur n'est tenu à garantie que quand il a été payé, après avoir dit, 2, 17, 2, qu'au cas de simple tradition, l'acheteur a droit au montant de la *stipulatio de evictione* expresse ou sous-entendue, il continue, 2, 17, 3, en disant : *Res empta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.* Il oppose donc le cas de simple tradition, où l'obligation résulte de la stipulation, accomplie ou réputée accomplie, et le cas de mancipation, où elle résulte du fait même de la mancipation. — La même opposition est faite par un auteur littéraire plus ancien, Varron, mort en

est devenue un mode d'acquérir la propriété [1] ; mais elle a dû être créée dès avant les XII Tables, au temps où la mancipation était une vente au comptant, pour porter contre l'aliénateur malhonnête une peine qui, précisément parce qu'elle est une peine, est encourue dès lors qu'il y a eu mancipation, sans avoir besoin d'être fondée par aucune clause spéciale, sans pouvoir même être directement écartée par une clause contraire [2].

727, qui n'admet pas encore que la stipulation puisse être suppléée. Il parle, *De re rust.*, 2, 10, 5, des stipulations qu'on fera quant aux vices ; puis il ajoute : *Aut si mancipio non datur, dupla promitti aut si ita pacti simpla.* Lorsqu'il n'y aura pas de mancipation, par exemple parce que la vente est faite par un marchand pérégrin, on stipulera le double ou le simple au gré des parties ; mais on ne le fera pas, s'il y a mancipation, car la mancipation suffit pour faire naître l'action au double. — Enfin l'existence de l'action est aussi établie par les textes épigraphiques. Nous y trouvons des exemples nombreux de mancipation *nummo uno*, soit dans les mancipations faites à titre de donation, *Textes*, p. 825 et ss., où le donateur mancipe *nummo uno* la chose au donataire, soit dans les testaments *per aes et libram*, par exemple dans le testament de C. Longinus Castor, *Textes*, p. 801, où le testateur mancipe son patrimoine *nummo uno* à l'*emptor familiae*, soit dans les mancipations fiduciaires, par exemple dans la table de Bétique, *Textes*, p. 822, où le client du banquier est représenté comme mancipant *nummo uno* les choses affectées à la sûreté de son compte et où il est convenu que, faute de paiement de la dette garantie, le créancier aura, à son tour, à l'échéance, le droit de manciper *nummo uno*. On peut expliquer cela, pour les mancipations faites à titre de donation, de testament, d'aliénation fiduciaire, en disant que la mancipation qui est l'image d'une vente doit, quand il n'y a pas de prix réel, contenir l'image d'un prix fictif. Mais ce raisonnement ne convient pas à la mancipation que pourra faire le créancier qui a reçu la chose à titre d'aliénation fiduciaire, s'il n'est pas remboursé de la dette garantie. Elle aura lieu pour un prix très réel ; cependant le créancier se ménage le droit de ne pas faire figurer ce prix dans la mancipation, d'en déclarer seulement un fictif. C'est à cause de l'*actio auctoritatis*. Il veut vendre sans garantie ; or, s'il mancipait et que le véritable prix fût indiqué dans la mancipation, il devrait par là même le double de ce prix au cas d'éviction. Il éludera la règle en déclarant un prix insignifiant dont il devra le double insignifiant. C'est la preuve que la mancipation fait naître l'*actio auctoritatis* et même qu'elle la fait naître de plein droit.

1. M. Bechmann, pp. 103-123, avait déjà relevé de nombreux textes des compilations de Justinien qui, dans leur forme première, se rapportaient à l'*actio auctoritatis*. M. Lenel, *Edictum*, § 290, en a découvert tout un nouveau groupe en déterminant la place occupée dans l'édit prétorien par l'*actio auctoritatis*. Julien, Ulpien et Paul sont représentés, dans la compilation de Justinien, comme traitant tous trois d'une stipulation de garantie dans deux livres consécutifs de leurs commentaires sur le titre de l'édit consacré aux stipulations prétoriennes. En étudiant le plan des ouvrages, on voit qu'ils traitaient plutôt, dans ces deux livres, de deux moyens différents et que, si celui du second est bien une stipulation de garantie, celui du premier est la vieille action en garantie née de la mancipation dont la formule devait être quelque part dans l'édit et qui n'existe plus dans le droit de Justinien. On peut lui rapporter sans peine à peu près tous les textes des livres 80 d'Ulpien, 76 de Paul, 57 de Julien et on ne peut rapporter qu'à elle la plupart d'entre eux, par exemple Julien, *D.*, *h. t.*, 39, *pr.* (Lenel, 735), où le jurisconsulte ne peut pas avoir écrit *utilem de evictione stipulationem in Titium dari... evictionem restitui*, où il a nécessairement écrit *utilem actionem in Titium dari... auctoritatem restitui*.

2. La preuve que l'action existe de plein droit, en dehors de toute convention expresse, en dépit de toute convention contraire, du fait même de la mancipation

L'action *auctoritatis* protégeait donc parfaitement celui qui avait acquis par mancipation régulière une chose *mancipi*. Mais elle faisait défaut toutes les fois qu'il n'y avait pas mancipation valable, soit parce qu'on ne l'avait pas voulu, soit parce qu'on ne l'avait pas pu, par exemple parce que les parties n'étaient pas toutes deux romaines, parce que la chose n'était pas romaine, parce qu'elle n'était pas *mancipi*. On a donc dû chercher de très bonne heure, bien avant la reconnaissance de la vente consensuelle, à se protéger, dans tous ces cas, par des contrats distincts, se ménager par contrat spécial le recours en garantie qui, au cas de mancipation, résultait de la loi. Pour cela les parties pouvaient copier plus ou moins servilement le résultat qui eût été obtenu légalement s'il y avait eu mancipation valable, faire un contrat verbal dans lequel le vendeur promettait, pour le cas d'éviction, soit le double du prix, soit simplement l'indemnité du préjudice. Elles prenaient le premier procédé, quand il n'y avait pas de mancipation ou qu'il n'y avait qu'une mancipation de validité douteuse de choses *mancipi*, ainsi quand des choses *mancipi* étaient aliénées par des personnes étrangères ou de nationalité incertaine ; aussi, à partir d'une certaine époque, pour des choses qui, sans être des choses *mancipi*, étaient aussi précieuses qu'elles [1]. Pour les choses moins importantes, ainsi que pour le menu bétail, on faisait simplement une promesse *habere licere*, qui donnait droit à une indemnité mesurée sur le préjudice et qui est recommandée par exemple par Varron dans son traité d'économie rurale [2].

Dans ces hypothèses comme dans celle de mancipation, l'acheteur n'a

est fournie à notre sens, sans parler de textes de Plaute qui représentent les particuliers écartant la mancipation pour écarter la garantie (*Persa*, 4, 3, 54 et ss. 63. 4, 4. 40. *Curc.*, 4, 2, 8 et ss.), par l'emploi fait de la mancipation *nummo uno*, quand les vendeurs veulent aliéner sans garantie (p. 565, n. 3). Mais une action au double existant de plein droit ne peut être qu'une action pénale. C'est l'idée que nous avons soutenue, *N. R. H.*, 1882, pp. 207-218 (*Garantie*, pp. 28-39). Cf. dans le même sens, A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, pp. 115-129. Rabel, p. 8 et ss.

1. Absence de mancipation des choses *mancipi* : Varron, *De r. r.*, 2, 10, 5 (p. 565, n. 3). Vente de choses précieuses *nec mancipi* : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 37, 1 (p. 570, n. 1). Un bon exemple de stipulation du double faite à côté d'une mancipation de validité problématique est fourni par les titres de Transylvanie où des mancipations sont faites avec sérénité par des pérégrins et, dans un des cas, pour un fonds provincial, mais sont soigneusement accompagnées d'une stipulation, dans deux des cas de la stipulation du double. — Il faut distinguer la stipulation du double, d'une promesse voisine et plus archaïque, de la *repromissio* ou, quand, comme d'ordinaire, elle est accompagnée de cautions, de la *satisdatio secundum mancipium*, qui, d'après son nom, doit être une copie bien plus fidèle de l'obligation produite par la mancipation, et qui, dans la forme de la *satisdatio*, servait à garantir par des cautions l'obligation de l'aliénateur par mancipation : Cicéron, *Ad Att.*, 5, 1, 2 ; formulaire de mancipation fiduciaire, *Textes*, p. 822 ; cf. Girard, *N. R. H.*, 1883, pp. 547-555 (*Garantie*, pp. 53-61) et les renvois.

2. Varron, *De r. r.*, 2, 2, 6 (moutons). 3, 5 (chèvres). 4, 4 (porcs). Cf. sur cette stipulation, Rabel, pp. 30-72, qui en comprend le rôle historique et pratique d'une façon sensiblement différente de la nôtre.

pas droit à l'indemnité de l'éviction en vertu de la vente ; mais il y a droit en vertu d'un acte distinct, ici en vertu de la stipulation comme là en vertu de la mancipation. C'est le seul régime concevable tant que la vente n'a pas été une vente consensuelle ; mais il n'est pas sûr qu'il ait disparu dès que la vente consensuelle a existé. Il est fort possible que l'on ait d'abord considéré comme la seule obligation du vendeur celle de livrer, ce qui comprenait la mancipation pour les *res mancipi*, mais non la stipulation, encore moins la garantie directe.

Seulement plus tard on a admis en partant de l'idée de bonne foi : 1° qu'il était contraire à la bonne foi, sanctionnée par l'action *empti*, de ne pas faire une promesse requise par l'usage comme l'était à tout le moins la promesse *habere licere* et comme la promesse du double l'était pour certaines choses [1] ; 2° que la promesse, qui aurait dû être faite, serait sous-entendue au moyen de la même action *empti*, si l'acheteur était évincé avant de l'avoir réclamée [2] ; 3° enfin que l'acheteur aurait droit à indemnité par la même action *empti*, même en dehors de là, dans des cas où l'on voit une éviction au sens large et où il n'aurait eu aucune des voies de recours antérieures, quand il garde la chose, mais qu'il ne la garde pas en vertu de la vente.

Cette évolution, dont nous avons seulement esquissé les grands traits, était terminée longtemps avant Justinien, avant la fin de la période classique. En laissant de côté l'*actio auctoritatis*, qui existe encore en droit classique, mais qui a disparu sous Justinien avec la mancipation, en laissant de côté aussi la stipulation *habere licere* dont le montant était

1. Le droit d'exiger la promesse relative à l'éviction n'est pas, comme on a dit souvent en ne pensant qu'à la *stipulatio duplae*, un droit spécial à certaines ventes. C'est un droit général, dit par exemple Paul, *D.*, 19, 4, *De rer. permutat.*, 1, *pr.* : *Venditori sufficit... ob evictionem se obligare* ; v. aussi Celse, chez Ulpien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, 17 ; Ulpien, *D.*, 12, 2, *De jurejurando*, 13, 3. Seulement l'acheteur n'a le droit d'exiger que cette promesse soit la promesse du double que dans certains cas : quand elle est requise par la coutume du lieu et pour les choses pour lesquelles la coutume la requiert (v. sur les deux points les textes de Gaius et d'Ulpien, p. 570, n. 1). Quant à l'époque depuis laquelle la promesse peut être obtenue par l'action *empti*, le droit de l'acheteur d'exiger la stipulation *habere licere* est déjà attesté chez Ulpien par le contemporain de Trajan Neratius, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 11, 8 : *Ex empto actionem esse ut emptori habere licere caveatur*. Pour la stipulation *duplae*, le droit d'intenter l'action *empti* afin de l'obtenir n'est attesté que par les jurisconsultes du temps des Sévères, par exemple par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 37, *pr.* : *Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit*. Mais il existe, à notre sens, un vestige du droit de la demander, en vertu de la vente, dès le temps d'Hadrien : c'est sa présence dans l'édit de Julien ou c'est, croyons-nous, sa formule qui est commentée par les jurisconsultes à côté de celle de l'*actio auctoritatis*, quoique à la vérité M. Lenel entende ces textes de la *satisdatio secundum mancipium*. Cf. Lenel, *Edictum*, § 290, et Girard, *N. R. H.*, 1884, pp. 419-422 (*Garantie*, pp. 125-127).

2. C'est dit par Paul pour la *stipulatio duplae*, *D.*, *h. t.*, 2 : *Si dupla non promitteretur et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus* ; mais c'est dit avant lui pour la stipulation *habere licere* par Africain et Julien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 30, 1 : *Verum est venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat*.

toujours compris dans l'action *empti* dès le milieu de l'époque classique et que par conséquent on n'a plus eu depuis besoin de faire, le résultat final est de laisser à l'acheteur, dans des cas à déterminer, l'action *empti* en garantie née de la vente et l'action née de la stipulation du double, que nous nous contenterons d'étudier rapidement par comparaison.

a) Les deux actions diffèrent quant à leur objet, quant à leurs conditions d'existence et quant à leurs conditions d'ouverture.

Elles diffèrent d'abord quant à leur objet. La créance née de la stipulation a un objet précis, elle a son tarif fixé d'avance par la stipulation même, ordinairement le double du prix (*dupla pecunia qua mercatus est emptor*), d'où le nom de *stipulatio duplae* [1]. Au contraire, dans l'action *empti*, comme dans l'action née de la stipulation *habere licere*, l'acheteur demande non pas une somme fixée d'avance, mais une indemnité du préjudice. Cette indemnité comprend, sauf des tempéraments d'équité pour les cas de plus-value considérable [2], tout le préjudice ; mais elle ne comprend que le préjudice ; donc l'acheteur évincé n'aura pas droit à tout son prix, si la chose vendue vaut moins au moment de l'éviction qu'à celui de la vente [3]. Le vendeur ne doit, sur l'action *empti*, que le préjudice exact, tandis que, sur l'action *ex stipulatu duplae*, il devrait le double du prix. Seulement la différence est fort atténuée, supprimée pour beaucoup de cas par les règles relatives aux conditions d'existence des deux actions.

Quant aux conditions d'existence, la créance de bonne foi prend naissance par le fait seul de la vente, sans convention expresse, en vertu de l'idée que l'acheteur doit, en retour de son prix, obtenir un pouvoir durable sur la chose, être indemnisé, si elle lui est enlevée par la faute du vendeur. Au contraire l'action *ex stipulatu* devrait exiger une stipulation expresse. Mais nous avons vu qu'on a fini par admettre que, lorsqu'elle était requise par l'usage, l'acheteur pouvait la réclamer et même, quand il ne l'avait pas fait avant l'éviction, en réclamer le montant par l'action *empti*. La différence n'existe donc que quand la stipulation ne peut être

1. Les parties pourraient d'ailleurs, dit Paul, *D.*, *h. t.*, 56, *pr.*, en réduire le montant au simple ou l'élever au triple et au quadruple. Il n'y a pas d'exemple concret de stipulation du triple ou du quadruple. Stipulation du simple : *Textes*, p. 845 et ss., actes de ventes, n[os] 3, 4 et 5.

2. Paul, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 43, *in fine*. Une constitution de Justinien, *C.*, 7, 47, *De sent. quae pro*, 1, a fixé en particulier pour notre matière le maximum des dommages-intérêts au double du prix et la même solution est placée sous l'autorité d'Africain, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 44 (Lenel, 96), mais c'est probablement l'effet d'une interpolation motivée par cette constitution même.

3. Paul, *D.*, *h. t.*, 70 : *Evicta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit : ergo et si minor esse coepit, damnum emptoris erit. C.*, 8, 44 (45), *De evict.*, 23. Cette solution n'est plus contestée. Le C. civ., art. 1631-1633, a, pour le cas d'éviction totale (pour le cas d'éviction partielle, cf. l'art. 1637), admis la théorie contraire de Pothier selon laquelle le vendeur devrait toujours restituer l'intégralité du prix.

ni exigée ni sous-entendue, c'est-à-dire pour les choses qui ne sont pas précieuses ou dans les pays dans lesquels la stipulation du double n'est pas en usage [1].

La différence relative aux conditions d'ouverture existe au contraire partout. Les événements qui rendent les deux actions recevables ne sont pas les mêmes. L'action *ex stipulatu*, produite par une stipulation expresse ou sous-entendue, naît d'une promesse conditionnelle dont les termes sont parfaitement connus par les textes des commentaires et par les actes concrets qui nous ont été transmis [2]. Le vendeur promet en somme le double du prix, *si res vel pars ejus evicta fuerit quo minus habere liceat*, ou, dit une formule plus prolixe, *quo minus uti frui, habere, possidere liceat*. Il faudra donc, pour que l'action naisse, qu'il y ait d'abord une éviction, c'est-à-dire un procès où l'acheteur soit battu [3], ensuite que ce procès porte sur la chose ou sur une de ses parties [4], enfin

1. Pour les pays où la stipulation du double n'est pas en usage, v. Gaius, *D.*, *h. t.*, 6 : *Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet*; pour la restriction aux choses précieuses, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 37, 1 (Lenel, 930) : *Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemptibile veneat. Per edictum autem aedilium curulium etiam de servo cavere venditor jubetur*, texte qui, dans sa rédaction première antérieure à la disparition de l'*actio auctoritatis*, devait porter *duplam promitti oportere si mancipio non datur*, en sorte qu'il prend tous ses exemples parmi les choses qu'on ne peut manciper et qu'il ajoute comme une nouvelle chose pour laquelle la promesse est due, d'après l'édit des édiles, l'esclave, qui est bien une chose précieuse, mais pour lequel on ne la doit pas d'après le droit civil, parce qu'il est une chose *mancipi* qui sera mancipée : cf. *N. R. H.*, 1884, p. 423 (*Garantie*, p. 129). Sur l'édit des édiles prescrivant la promesse du double en matière de vente d'esclave, v. p. 576, n. 1.

2. La formule de la stipulation du double usitée à Rome et reproduite dans l'édit du préteur (p. 568, n. 1) et dans celui des édiles, peut, avons-nous montré, *N. H. R.*, 1883, pp. 569-578 (*Garantie*, pp. 75-84), être sûrement restituée grâce aux témoignages concordants des actes de vente de Transylvanie (v. en outre aujourd'hui l'acte de l'an 166, *Textes*, p. 847, n° 5 et celui de l'an 151, *B. G. U.*, 887, chez Mitteis, *Chrestom.*, n° 272), qui sont certainement copiés sur des formulaires romains, et des extraits des commentaires conservés au Digeste. Après une clause relative à l'absence de certains vices, portant en particulier, pour les esclaves, *servum furtis noxisque solutum esse*, l'acheteur stipule et le vendeur promet : *Si quis eam rem partemve quam ex ea evicerit quo minus emptorem eumve ad quem ea res pertinebit uti frui habere possidere recte liceat, tum quantum id erit quod ita ex ea evictum fuerit tantam pecuniam duplam dari.*

3. Il faut un procès dans lequel l'acheteur soit battu. Peu importe qu'il le soit comme demandeur ou défendeur, qu'il paie la condamnation pécuniaire ou qu'il rende la chose sur l'*arbitratus judicis* : Pomponius, *D.*, *h. t.*, 16, 1 ; mais il faut un procès : s'il n'y a pas de procès, il n'y a pas d'éviction ; cf. Africain, *D.*, *h. t.*, 24 ; Paul, *D.*, 3, 5, *De N. G.*, 18 (19), 3.

4. Il faut que l'éviction porte sur la chose ou une de ses parties et non pas sur un de ses accessoires, de ses produits (Julien, *D.*, *h. t.*, 43). On dit même souvent que l'action née de la stipulation du double n'existe pas au cas d'éviction partielle, à cause d'un texte de Paul, *D.*, *h. t.*, 56, 2, qui dit que l'éviction de la partie n'est pas l'éviction de la chose. Mais on fait là une confusion. Paul dit

qu'il l'empêche de la garder[1]. Au contraire la créance de bonne foi a une base purement réaliste. Elle existe du moment que l'acheteur ne garde pas la chose en vertu de la vente, par exemple quand la chose lui reste en vertu d'un legs, après que son défaut de droit a été reconnu judiciairement, par exemple quand il n'y a pas eu de procès, mais qu'elle lui reste à un autre titre[2], par exemple même quand il n'y a pas éviction de la chose ou d'une de ses parties, mais simplement d'un de ses accessoires[3].

b) Les deux actions se ressemblent en ce que toutes deux supposent un préjudice, supposent qu'il résulte du défaut de droit du vendeur, supposent en principe l'absence de convention contraire et enfin peuvent être remplacées par une exception. 1° Elles supposent un préjudice : par conséquent elles ne s'appliqueront pas quand il n'y a pas de préjudice réel, quand la chose vendue a péri avant tout procès[4], ni quand il n'y a pas de préjudice sérieux, quand l'éviction porte non sur la propriété ou sur l'usufruit de la chose, mais sur la révélation de servitudes prédiales la grevant ; en dehors du cas de dol, le vendeur n'est pas tenu à raison de la révélation de ces charges légères à moins d'avoir aliéné le fonds comme franc et libre de toutes charges, *uti optimus maximus*[5]. — 2° Elles supposent que le préjudice résulte du défaut de droit du vendeur : par conséquent ni l'une ni l'autre ne s'applique quand il résulte

seulement que la mention relative à la partie est nécessaire, qu'il faut une *partis adjectio*, et, précisément par suite, on la faisait toujours ; elle était dans le formulaire, voit-on par les actes de Transylvanie, par exemple dans le titre n° 2, où la copie d'un formulaire relatif à un esclave du sexe masculin s'aperçoit très bien : *Si quis* EAM PUELLAM *partemve quam ex* EO *evicerit*. En conséquence, l'acheteur pourra se plaindre au cas d'éviction partielle et c'est même en partant de là et en considérant l'*ususfructus* comme une *pars rei* que Gaius, *D.*, *h. t.*, 49, suppose un droit de recours pour cause d'éviction résultant de la révélation d'un usufruit.

1. Il faut que l'éviction empêche de garder la chose, qu'il manque à l'acheteur (ou à son ayant cause) *corpus aut pecunia* (*D.*, *h. t.*, 21, 2). L'acheteur ne perd ni l'un ni l'autre et par conséquent il n'a pas l'action née de la stipulation, quand elle lui est léguée ou donnée par son adversaire après que son absence de droit a été reconnue, mais avant que cet adversaire la lui eût enlevée (Gaius, *D.*, *h. t.*, 57, 1).

2. L'acheteur aura l'action *empti*, au cas de la note précédente ; car il garde la chose en vertu du legs et non de la vente ; il l'aurait même, s'il n'y avait pas procès, mais si la chose lui restait en vertu d'un titre autre que la vente, par exemple en vertu d'un legs fait par le véritable propriétaire (Julien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 29), ou parce qu'il a hérité du véritable propriétaire (Paul, *D.*, *h. t.*, 9), ou parce qu'il a acquis la chose à un titre gratuit quelconque (Ulpien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, 15).

3. Julien, *D.*, *h. t.*, 8. Pomponius, *D.*, *h. t.*, 16, *pr.*

4. *C.*, 8, 44 (45), *De evict.*, 26.

5. V. pour l'usufruit, p. 570, n. 4. La clause relative au fonds mancipé *uti optimus maximus* était une des clauses par lesquelles on pouvait modifier le formulaire de la mancipation (p. 295, n. 1 ; exemples, *Textes*, p. 823, dans le formulaire de mancipation fiduciaire, et p. 846 dans la vente de la moitié d'une maison) et elle faisait naître alors l'*actio auctoritatis* au cas d'éviction : Venuleius, *D.*, *h. t.*, 75

de la faute d'autrui, en particulier de celle de l'acheteur qui a omis d'usucaper, qui a omis de dénoncer le procès à son auteur pour le mettre à même d'y défendre[1]. — 3° Il faut qu'il n'y ait pas de convention contraire. L'obligation de garantie peut être atténuée par une convention excluant la promesse du double, la réduisant au simple[2]. Elle peut être écartée par une convention excluant à la fois la promesse et l'obligation de dommages-intérêts, sauf cette réserve qu'une convention expresse ne pourrait libérer le vendeur de la responsabilité de son dol ou de son fait et que certains jurisconsultes, par exemple Julien, soutenaient qu'il devait néanmoins rendre le prix[3]. — 4° Enfin les deux actions peuvent être remplacées par une exception, quand l'éviction est causée par le vendeur ou son ayant cause. Ce n'était évidemment pas le système de l'ancien droit où il n'y avait pas d'exception. Mais, postérieurement à l'introduction de la procédure formulaire, le préteur a admis que l'acquéreur

(Lenel, 73). Mais elle peut aussi figurer soit dans une stipulation, soit dans une vente (Paul, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 169) et alors elle fera naître les actions corrélatives. C'est un principe déjà posé pour la mancipation par Q. Mucius que cette clause donne le droit de se plaindre de la révélation de servitudes grevant le fonds, mais non du défaut de servitudes existant à son profit (Venuleius, *loc. cit.*).

1. Défaut d'usucapion : Paul, *D., h. t.*, 56, 3. Erreur du juge : Ulpien, *D., h. t.*, 51, *pr.* Défaut de dénonciation du procès au vendeur : Alexandre Sévère, *C.*, 8, 44 (45), *De ev.*, 8 : *Emptor fundi nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit, evicto praedio, neque ex stipulatu neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussores ejus habet.* M. Lenel soutient aujourd'hui, *Edictum*, p. 542 n. 15 (*Edit.* 2, p. 320, n. 2), que la *stipulatio duplae* aurait contenu une clause expresse relative à cette *denuntiatio* ; cependant les formulaires de stipulation qui nous ont été transmis n'en disent rien et un texte de Paul (*D., h. t.*, 53, 1), qu'à la vérité M. Lenel rapporte à la *satisdatio secundum mancipium*, explique le défaut de droit du stipulant qui a perdu son procès faute de dénonciation *quoniam parum instructus esset*, par une idée de dol qui serait fort inutile en face d'une déchéance résultant d'une règle positive. En tout cas, l'acheteur pourrait, nous semble-t-il, évidemment recourir par l'action *empti*, quand il n'a pas dénoncé le procès et qu'il peut prouver que ce n'est pas pour cela, mais par suite de son défaut de droit qu'il a été battu. D'autre part, la nécessité de la dénonciation pourrait être écartée par une clause expresse, dont l'acte de vente, n° 5, *Textes*, p. 847, fournit un exemple.

2. *D., h. t.*, 37, *pr.* : *Nisi aliud convenit. D., h. t.*, 56, *pr.*

3. Exemple dans le formulaire de mancipation, *Textes*, p. 822, où le banquier convient qu'il vendra la chose reçue en sûreté en faisant mancipation *nummo uno* (pour éluder l'action *auctoritatis*), en ne faisant ni promesse *secundum mancipium* ni promesse du simple ou du double et, devait dire la table suivante, en ne s'engageant pas non plus à garantie par l'action *empti*. Mais cette clause ne l'empêche pas d'être responsable des causes d'éviction qu'il connaissait (*D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 6, 9 ; 1, 1). Julien soutenait en outre que même sans cela, le vendeur était, en pareil cas, tout au moins tenu de restituer le prix ; mais Ulpien rejette cette solution dans le texte où il la rapporte (*D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 11, 18 ; cf. Vangerow, *Pandekten*, 3, § 610, note 4). — Le livre syro-romain, L 39, paraît avoir révélé que c'est cette vente sans garantie qui était désignée du nom de *venditio simplaria* (*D.*, 21, 1, 48, 8 ; cf. Esmein, *Mélanges*, p. 114), et il nous semble que l'on doit même d'après la lecture actuelle de L 113 (Sachau, *Syrische Rechtsbücher*, 1, 1907, p. 192), la considérer comme opposée à la vente *bonis condicionibus* (*D.*, 21, 1, 54). On peut cependant se demander si les deux clauses ne se rapporteraient pas exclusivement à la garantie des vices.

actionné en revendication par son vendeur devenu depuis propriétaire ou même par un acquéreur postérieur de ce vendeur pourrait le repousser par l'exception *rei venditae et traditae*[1]. Il peut se laisser évincer, par exemple pour recourir ensuite par l'action *ex stipulatu duplae*[2]. Mais il peut, s'il le préfère, au lieu de demander réparation de l'éviction, empêcher par son exception l'éviction de se produire[3].

4. *Obligation de garantie des vices*. La garantie est due par le vendeur à l'acheteur non seulement à raison de l'éviction, mais à raison des vices qui peuvent rendre la chose inutile ou nuisible. C'est un autre système qui s'est encore constitué suivant un développement historique et pour l'étude duquel il faut distinguer les règles de l'ancien droit civil, celles de l'édit des édiles curules et celle du droit civil récent[4].

a) *Ancien droit civil*. — Dans la vente primitive, faite au comptant par mancipation, l'aliénateur n'était, en principe, tenu à aucune responsabilité à raison des vices. L'acquéreur ne pouvait avoir, en vertu de la mancipation, à côté de l'*actio auctoritatis*, relative au cas d'éviction, qu'une autre action au double, l'*actio de modo agri*, relative au défaut de contenance déclarée d'un fonds de terre et qui d'ailleurs a passé, comme l'*actio auctoritatis*, dans le droit postérieur[5]. C'est, si on veut, en prenant le mot dans un sens un peu impropre, une action relative à un vice des fonds de terre, à celui résultant du défaut de la contenance déclarée ; l'*actio auctoritatis* est aussi donnée quand le fonds a été mancipé *uti optimus maximus*, à raison de la découverte des servitudes portant sur lui, qui sont, si l'on veut, un autre vice. Mais en dehors de là, pour les véritables vices des fonds de terre, pour ceux de toutes les autres choses, esclaves, animaux, il n'y avait pas d'action[6]. On faisait

1. *D.*, 21, 3, *De exceptione rei venditae et traditae*, 1, pour la première hypothèse et 2, pour la seconde. Cf. pp. 359-360.

2. *D.*, 21, 2, *De evict.*, 17 : *Eligere emptor potest, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi*.

3. Nous ne nous sommes occupé ici que de la garantie d'éviction dans les ventes de choses corporelles : des principes analogues s'appliquent en matière de vente de choses incorporelles. Nous remarquerons seulement que, sauf convention contraire ou dol, le vendeur est garant de l'existence de la créance et non de la solvabilité du débiteur, au cas de vente de créance ; de sa qualité d'héritier et non de la consistance de l'hérédité, au cas de vente d'hérédité : *D.*, 18, 4, *De her. vel act. vend.*, 4 ; 13.

4. *D.*, 21, 1, *De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*. Cf. outre Bechmann, *Der Kauf*, 1, pp. 394-414. 652-655, Hanausek, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach römisch. und gem. Rechte*, 1, 1883. 2, 1887 ; Biondo Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae*, 1, 1913, pp. 119-153.

5. Paul, *Sent.*, 2, 17, 4 : *Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo ejus, quod mentitus est, officio judicis aestimatione facta convenitur*. M. Lenel, *Z. S. St.*, 3, 1882, pp. 190-197. *Edictum*, § 74, a encore découvert dans les commentaires de l'édit un îlot constitué par les textes relatifs à la formule de cette action. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 115 et ss.

6. On a souvent supposé le contraire en invoquant Cicéron, *De off.*, 3, 16, 65 : *Ex XII tabulis satis erat ea praestari quae erant lingua nuncupata, quae qui infitia-*

sans doute dès une époque assez ancienne, pour les vices, ce qu'on faisait pour l'éviction dans les ventes sans mancipation [1]. On promettait leur absence par un contrat verbal, qu'on adjoignait à la mancipation, au cas de mancipation ; qu'en l'absence de mancipation ou au cas de mancipation de validité douteuse, on adjoignait à la promesse du double relative à l'éviction, — de sorte qu'on désignait le tout ainsi constitué du nom de *stipulatio duplae* [2] — ; qu'on adjoignait aussi à la stipulation *habere licere*, — de telle sorte qu'on devait encore désigner alors le tout d'un nom collectif, probablement du nom de *stipulatio simplae* [3].

La garantie des vices était ainsi assurée, comme le fut d'abord celle de l'éviction, par un contrat distinct. Le progrès devait consister, comme pour elle, à faire rentrer dans le contrat de vente la garantie qui lui était encore extérieure. Et il semble que le même procédé était encore tout indiqué : d'abord rendre la stipulation obligatoire, puis la sous-entendre. Mais le développement a été compliqué ici par l'intervention de l'édit des édiles.

b) *Édit des édiles*. — Les édiles curules, chargés de la police des marchés, s'occupèrent probablement les premiers d'organiser la garantie des vices pour les ventes de leur compétence, c'est-à-dire pour les ventes d'esclaves et d'animaux faites au marché. Partant de l'idée que le vendeur doit connaître la chose qu'il vend, ils rédigèrent, en vertu de leurs pouvoirs de police, des règlements prescrivant de faire connaître au pu-

tus esset dupli poenam subiret et en entendant ce texte d'une peine du double qui punirait les déclarations mensongères relatives à l'absence de vices de la chose mancipée. Mais les seules actions pénales qu'on voie résulter de la mancipation sont les actions *auctoritatis* et *de modo agri* et c'est elles que vise Cicéron en parlant de la peine du double due par l'auteur du mensonge (v. pour cette acception de *mentiri* en matière d'action *de modo agri*, Paul, *Sent.*, 2, 17, 4 : p. 573, n. 5, et en matière d'action *auctoritatis*, Scaevola, *D.*, 21, 2, *De ev.*, 69, 3 : Lenel, 138). Cf. Girard, *N. R. H.*, 1882, p. 203 (*Garantie*, p. 24), n. 3 ; Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 119.

1. Varron, qui, dans ses formulaires, ne recommande la stipulation relative à l'éviction que pour les ventes de *res mancipi* où il n'y aura pas de mancipation (p. 565, n. 3), recommande au contraire celle relative aux vices indifféremment dans les cas de choses *nec mancipi* (p. 567, n. 2) et de choses *mancipi* (bœufs, 2, 2, 5 ; ânes, 2, 5, 2 ; esclaves, 2, 10, 5).

2. C'est un point que nous avons démontré, *N. R. H.*, 1883, p. 577 (*Garantie*, p. 83), d'une part, à l'aide des ventes de Transylvanie et de textes du Digeste, qui montrent, groupées en un seul tout, la promesse incertaine relative aux vices et la promesse conditionnelle du double relative à l'éviction ; d'autre part, à l'aide de textes du *D.*, 21, 2, *De evict.*, 3 ; 11, 1, qui montrent qu'on désignait ce tout du nom de *stipulatio duplae*. V. aujourd'hui dans le même sens, Accarias, 2, p. 299, n. 3.

3. Le groupement en une seule formule de la promesse *habere licere*, relative à l'éviction, et de la promesse relative aux vices est attesté par les formulaires de Varron, cf. *N. R. H.*, 1883, p. 558 (*Garantie*, p. 64), et la désignation du tout d'un nom commun résulte de là. Sur les probabilités qui portent à penser que ce nom commun était celui de *stipulatio simplae*, cf. *N. R. H.*, 1883, p. 556 (*Garantie*, p. 62), n. 4 ; v. en sens contraire Rabel, pp. 132-136.

blic les vices des choses mises en vente [1] et, afin de faire respecter ces règlements, ils intervenaient, quand la déclaration prescrite n'avait pas eu lieu, par voie de délivrance d'actions, qui dans leur pensée étaient surtout des actions pénales, mais qui, comme elles punissaient les contrevenants en intervenant dans les effets de la vente, se sont trouvées faire du droit privé au lieu de faire simplement de la police [2]. Ces actions, qui sont, croyons-nous, postérieures à l'introduction de la procédure formulaire [3], se ramènent à deux types principaux : une action en résolution [4], très compliquée, donnant lieu à une condamnation au double [5], appelée l'action

1. Ancien édit sur les ventes d'esclaves (Aulu-Gelle, 4, 2, 1) : *Titulus singulorum scriptus sit curato ita ut intellegi recte possit, quid morbi vitiique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit.* Edit définitif (*D., h. t.*, 1, 1) : *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores quid morbi vitiique cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipio venibunt, palam recte pronuntianto.* Edit sur les ventes de bétail (*D., h. t.*, 38, *pr.*) : *Qui jumenta vendunt palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit.* Ainsi qu'explique Ulpien, *D., h. t.*, 1, 2, l'édit impose cette déclaration des vices aux vendeurs, sans se préoccuper de savoir s'ils les connaissent, en partant de l'idée que le vendeur est en faute de ne pas connaître sa chose. Cicéron part de la même idée en disant, *De off.*, 3, 17, 71 : *Qui enim scire debuit de sanitate de fuga de furtis praestat edicto aedilium.*

2. Le caractère pénal primitif des actions résulte du fondement qui leur est donné par Ulpien (*D., h. t.*, 1, 2 : *Ut occurratur fallaciis vendentium*), des termes mêmes dans lesquels il les qualifie (*D., h. t.*, 23, 4 : *Poenales videntur*) et de certaines de leurs particularités, par exemple de la peine du double infligée faute d'exécution au vendeur condamné (*D., h. t.*, 45 : n. 5). Il se concilie parfaitement avec le rôle des édiles. Il a été particulièrement mis en lumière par M. Wlassak, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, 1879, p. 175 et ss. V. dans le même sens, A. Pernice, *Labeo*, 2, 2, pp. 51-53, Girard, *N. R. H.*, 1884, pp. 410-415 (*Garantie*, pp. 116-121) ; en sens contraire Biondo Biondi, pp. 135-142, qui considère ce caractère comme leur ayant été donné seulement par Justinien.

3. Le premier témoignage certain est celui de Cicéron (*De off.*, 3, 17, 71, n. 1). Cependant une doctrine depuis longtemps soutenue (v. par exemple, Accarias, 2, p. 295, n. 1 ; Cuq, *Institutions*, 1, pp. 231-232 ; Voigt, *Röm. Rechtsgesch.*, 1, p. 220) prétend trouver dans le théâtre de Plaute des vestiges soit de l'édit sur les vices (*Capt.*, 4, 2, 43-44), soit des actions qui en naissent (*Merc.*, 2, 3, 85. *Rud.*, 2, 3, 42-43. *Mil Glor.*, 3, 1, 132-134. *Most.*, 3, 2, 112-113). Mais il n'y a pas un de ces textes qui prouve nettement l'un ou l'autre des deux points : ceux du *Merc.* et de la *Most.* parlent simplement de résiliation (*redhibere*) sans dire qu'on l'obtienne des édiles ; celui du *Rudens* et peut-être celui du *Miles* parlent du droit de saisie et de destruction des édiles contre les marchands malhonnêtes ; celui des *Capt.* rapporte des *edictiones aediliciae* de fantaisie pleinement étrangères à la vente et aux vices. De plus ils n'attestent même pas le peu qu'ils rapportent comme existant à Rome ; car ils peuvent se référer aux institutions grecques, en particulier, en tant qu'ils parlent des pouvoirs et des édits des édiles, aux *agoronomoi* helléniques, qui sont expressément visés dans le *Mil. Glor.* et les *Capt.* et qui, quoi qu'on ait dit, n'étaient aucunement étrangers à la police et à la juridiction des marchés (v. pour les preuves Oehler, Pauly-Wissowa, 1, 1, 1893, p. 884). Cf. sur les divers points, Mommsen, *Dr. publ.*, 4, p. 195, n. 1. p. 204, n. 3 : Krueger, *Sources*, p. 42, n. 3 ; Bechmann, *Kauf*, 1, p. 396 ; Girard, *N. R. H.*, 1884, p. 415 (*Garantie*, p. 131). *N. R. H.*, 1897, p. 269, n. 4 (*Mélanges*, 1, p. 88, n. 3). *Org. jud.*, 1, pp. 220-222.

4. *D., h. t.*, 23, 7 ; 60.

5. Gaius, *D., h. t.*, 45 : *Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem : modo enim in duplum modo in simplum condemnatur venditor. Nam si neque pretium*

redhibitoria, et une action en réduction du prix, appelée l'action *quanti minoris, aestimatoria*. Quant aux circonstances dans lesquelles elles intervenaient, ces actions étaient données à l'acheteur tantôt pour se plaindre du défaut de promesse relative à l'absence des vices non déclarés, tantôt pour se plaindre du vice révélé.

α. Le droit de se plaindre du défaut de promesse intervenait surtout, peut-être exclusivement, au cas de vente d'esclaves, où les vendeurs, étrangers peu estimés, étaient particulièrement suspects aux édiles. L'édit des édiles rend obligatoire pour ces ventes la *stipulatio duplae*, contenant à la fois la clause sur l'absence de vices et celle sur la restitution du double en cas d'éviction, dont la seconde clause permettra à l'acheteur évincé d'obtenir le double du prix quand bien même la mancipation serait nulle comme faite par un pérégrin et dont la première lui permettra d'obtenir l'indemnité des vices non déclarés [1]. L'acheteur intentera devant les édiles, pour qu'on lui fasse cette promesse, l'action *redhibitoria* qu'il a pour cela pendant deux mois et, les deux mois écoulés, une autre action qui est soit l'action *quanti minoris*, soit une action en indemnité différente, qu'il a pour cela pendant six mois [2]. — Les édiles auraient pu donner les mêmes actions, dans les achats de bestiaux, pour contraindre à la *stipulatio simplae*, à la promesse de l'absence des vices et *habere licere* ; mais rien ne prouve qu'ils l'aient fait.

β. Au contraire l'édit des édiles donne incontestablement, dans toutes les ventes de leur compétence, quand la stipulation n'a pas été faite et

neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari jubetur. Si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli videtur condemnari. Ce texte démontre, à notre avis, en dépit de toutes les résistances, que le juge de l'action rédhibitoire qui reconnaît qu'on est dans un cas de rédhibition et qui par conséquent rend un *arbitratus* prescrivant au vendeur de rendre le prix et les accessoires contre la chose et les siens (*D.*, *h. t.*, 60 ; 25, 9), condamne le défendeur au double, s'il ne restitue pas, mais le condamne au simple, alors même qu'il restitue. V. Lenel, *Edictum,* § 293, 2 ; Hanausek, 1, pp. 23-31 ; Girard, *N. R. H.*, 1884, p. 409 (*Garantie*, p. 125) ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1295-1298. Cf. en sens divers, Accarias, 1, p. 297, n. 4 ; Bechmann, 1, p. 404 ; Eck, *Juristiche Abhandlungen für Beseler*, 1885, p. 187 et ss. ; Biondo Biondi, pp. 119-135. V. encore sur la rédaction particulière présentée ici par la *clausula arbitraria* imposant des restitutions à la fois au demandeur et au défendeur, Lenel, *Edictum*, § 293, 2.

1. Ulpien, *D.*, 21, 2, *De ev.*, 37, 1 : *Per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor jubetur*, au sujet de la *stipulatio duplae*. Il s'agit là comme d'ordinaire de la *stipulatio duplae* contenant à la fois la promesse du double, pour le cas d'éviction, et la promesse d'indemnité des vices, dont en conséquence la formule se trouve à la fin de l'édit des édiles : c'est pour avoir oublié ce caractère de la stipulation (v. par exemple, *D.*, 21, 2, *De ev.*, 31) qu'on a parfois admis une stipulation du double pour le cas de vice (*D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 4, *pr.*). Cf. Lenel, *Edictum*, pp. 536-537 (*Edit*, 2, pp. 312-313) ; Girard, *N. R. H.*, 1884, pp. 402-406 (*Garantie*, pp. 108-112) ; Accarias, 2, p. 299, n. 3.

2. Gaius, *D.*, *h. t.*, 28 : *Si venditor de his quae edicto aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi judicium intra duos menses vel quanti intersit intra sex menses*.

qu'un vice non déclaré se révèle, l'action *redhibitoria* en résolution de la vente pendant six mois utiles et l'action *quanti minoris* en diminution du prix pendant un an[1].

c) *Droit civil nouveau.* — Le système de l'édit des édiles protégeait parfaitement les acheteurs des marchés; mais il ne protégeait qu'eux. Quant aux autres, le droit civil paraît être intervenu d'abord, en partant du caractère de bonne foi de la vente, pour décider que le vendeur devrait indemnité à l'acheteur à raison non seulement des vices dont il aurait affirmé l'absence, mais de ceux qu'il aurait dissimulés sciemment. Cette règle, rapportée par Cicéron comme ayant été admise d'abord en matière de fonds de terre vers le milieu du VIIe siècle[2], suppose que le vendeur connaît les vices, et par conséquent, le droit civil est inférieur sous ce rapport à l'édit des édiles, qui admet que le vendeur n'a pas le droit de ne pas connaître sa chose ; mais il l'aurait facilement rejoint en partant du principe selon lequel les clauses d'usage se sous-entendent et selon lequel on pouvait exiger la stipulation du double ou du simple y compris la clause relative aux vices. Cependant, à en croire le Digeste, le progrès aurait été obtenu par une voie différente et plus compliquée, par le transfert des règles de l'édit des édiles à toutes les ventes, qui, d'après un texte suspect, serait déjà accompli au temps non seulement d'Ulpien, mais de Labéon, qui, en tout cas, est réalisé à celui de Justinien[3].

B. *Obligations de l'acheteur.* — L'acheteur est obligé à *dare pretium*, à transférer la propriété du prix convenu outre lequel il peut devoir quelques accessoires : les frais de garde de la chose, s'il est en retard d'en prendre livraison[4], les intérêts du prix depuis la délivrance même sans mise en demeure[5]. Quant au moment où il doit payer, il doit le faire au terme, s'il lui en a été concédé un, ou, sinon, il doit le faire de suite, et on sait que sans cela la propriété ne lui est pas en principe transférée[6]. Mais il peut refuser de payer, quoiqu'il n'y eût pas de terme ou

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 19, 6, pour les ventes d'esclaves ; 38, *pr.*, pour les ventes de *jumenta* ; 38, 5, pour celles d'autre bétail. Sur d'autres dispositions de l'édit des édiles, v. la restitution de Lenel, *Edictum*, pp. 530-542 (*Edit*, 2, pp. 305-320), et Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1288-1301.

2. Cicéron, *De off.*, 3, 16, 65 : *Ac de jure praediorum sanctum apud nos est jure civili ut in iis vendendis vitia dicerentur quae nota essent venditori. Nam cum ex XII Tabulis...* (p. 573, n. 6), *a juris consultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt si venditor sciret nisi nominatim dictum esset praestari oportere.* V. *De off.*, 3, 16, 67, le jugement rendu en partant de là par le père de Caton d'Utique (p. 548, n. 4). Cf. Bechmann, 1, pp. 653-656. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 179-181.

3. Ulpien, *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, 1, *pr.* : *Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes.* Cf. Kniep, *Praescriptio und pactum*, 1891, pp. 163-166. La règle *redhibitionem quoque contineri empti judicio* (*D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 11, 3) a, croyons-nous avec Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 180, un sens beaucoup plus restreint.

4. *D.*, 19, 1, *De A.E. V.*, 38, 1.

5. *F. V.*, 2. *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, 20.

6. *Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 41 (p. 295, n. 4). Cf. pp. 295-296. 302.

que le terme soit échu, quand le vendeur n'est pas considéré comme ayant accompli son obligation de livrer : cela se produit non seulement quand le vendeur refuse la livraison, mais dans un certain nombre d'autres cas, ainsi quand, ayant vendu de mauvaise foi la chose d'autrui à son acheteur de bonne foi, il ne l'a pas rendu propriétaire, quand la *possessio* qu'il a livrée n'est pas *vacua*, enfin quand un procès en contestation de propriété est déjà intenté contre lui par un tiers (*quaestio dominii mota*)[1], sauf une réserve introduite par Dioclétien[2].

§ 2. — Louage.

Le louage (*locatio conductio*) peut être défini le contrat par lequel une des parties s'engage à fournir soit l'usage ou la jouissance d'une chose corporelle, soit une fraction de son industrie en retour d'une rémunération en espèces monnayées que s'engage à fournir l'autre partie. C'est encore un échange de deux engagements comme la vente dont beaucoup de règles sont transportées ici ; mais, tandis que dans la vente l'acheteur désire se procurer une chose pour en devenir propriétaire et que le vendeur y consent une abdication définitive de son droit, ici il n'y a qu'une abdication temporaire. En sorte que nous aurons à étudier non seulement comment le contrat se forme et quels en sont les effets, mais aussi comment il s'éteint[3].

I. Histoire du louage[4]. — Le contrat consensuel de louage ne date, comme le contrat de vente, que du temps de la procédure formulaire[5], et, pour la période antérieure, c'est même l'une de ses variétés, le louage de choses, pour laquelle on peut soutenir le plus sérieusement que le contrat consensuel a été précédé par un contrat réel formé par la remise de la chose[6]. Nous croyons cependant que, de même que la vente s'est d'abord constituée par une stipulation de l'acheteur, *emptio*, et une sti-

1. Défaut de livraison : p. 544, n. 3. Vente de mauvaise foi de la chose d'autrui : p. 561, n. 3. Défaut de *possessio vacua* : p. 562, n. 1. *Quaestio dominii mota* : Papinien, *F. V.*, 12.

2. Quand il y avait *quaestio dominii mota*, le vendeur ne pouvait pas obtenir le paiement du prix avant l'issue du procès, même en offrant caution de le restituer. Il y avait là un moyen de fraude pour l'acheteur désireux de gagner du temps. Dioclétien et Maximien ont permis au vendeur de réclamer le prix bien qu'il y ait *quaestio dominii mota*, en offrant caution, *C.*, 8, 44 (45), *De evict.*, 24, et le texte de Papinien a été remanié en ce sens au *D.*, 18, 6, *De per. et comm.*, 19, 1.

3. *Inst.*, 3, 24, *De locatione et conductione* ; *D.*, 12, 2, *Locati conducti*.

4. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 632-651. Burckhardt, *Zur Geschichte der locatio conductio*, 1889. Mommsen, *Z. S. St.*, 6, 1885, pp. 260-275. A. Pernice, *Z. S. St.* 9, 1888, pp. 238-248.

5. Cela résulte pour lui comme pour tous les contrats de bonne foi de la combinaison de Gaius, 4, 11, et de Cicéron, *De off.*, 3, 15, 61 (p. 533, n. 4). Ici encore, les arguments qu'on a voulu tirer en sens contraire de Caton, *De r. r.*, et du théâtre de Plaute ne nous paraissent pas probants. V. p. 548, n. 2 et *Mélanges*, 1, pp. 78-79.

6. V. en ce sens Degenkolb, *Platzrecht und Miethe*, 1867, p. 188 et ss. A. Pernice, *Labeo*, 1, p. 466 et ss.

pulation du vendeur, *venditio*, le louage s'est, jusqu'à la loi Aebutia, formé par deux stipulations du bailleur et du preneur dont il a tiré le nom de *locatio conductio*. Il est, de même que la vente, déjà connu par Q. Mucius Scaevola comme contrat consensuel générateur d'actions de bonne foi qui ont ici, comme en matière de vente, acquis progressivement une portée de plus en plus large[1].

Mais il faut à son sujet faire une observation spéciale : c'est que ses effets, les obligations qui en naissent, comme sans doute aussi la rédaction des stipulations qui produisaient auparavant des obligations analogues, ont été très visiblement influencés par l'exemple de contrats de louage plus anciens, des louages faits au nom de l'État, dès une époque reculée, par les magistrats, notamment par les censeurs, d'abord pour les revenus publics, terres, douanes, mines, pêcheries, affermés en général pour un lustre, au plus offrant, ensuite pour les travaux et fournitures publiques également attribués aux enchères à celui qui s'en chargeait moyennant la moindre indemnité et enfin pour les fonctions des appariteurs de magistrats (*lictores*, *viatores*, *praecones*, etc.), qu'on ne voulait pas confier à des esclaves et pour lesquelles les magistrats engageaient des hommes libres[2].

1. *De off.*, 3, 17, 70 (p. 534, n. 2).

2. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 4, p. 126 et ss., sur la mise à ferme des revenus de l'Etat (*vectigalia*), auxquels seuls, croyons-nous avec Pernice, *Z.S. St.*, 9, p. 240, n. 4, s'appliquent les textes (Festus, v° *Venditiones*, etc.) assimilant les ventes et les locations publiques ; 4, p. 131 et ss., sur l'adjudication des travaux publics (*ultro tributa*) ; 1, p. 386 et ss., sur l'engagement des appariteurs, et, sur les louages publics des premiers types, M. Rostowzew, *Geschichte d. Staatspacht in d. römisch. Kaiserzeit*, 1903. Pour l'influence exercée par ces contrats publics sur les contrats de louage privé plus récents, v. Mommsen, *Z. S. St.*, 6, 1885, p. 267 et ss. (*Ges. Schr.*, 3,137 et ss.), Esmein, *Mélanges*, 1886, p. 222 et ss. Comme traces concrètes de cette influence, on peut citer : 1° la durée de cinq ans, qui était habituellement celle des baux de biens ruraux (p. 583, n. 4), et qui était déjà normalement celle des baux des censeurs faits pour durer jusqu'au prochain lustre (Varron, *De l. L.*, 6, 11 ; cf. *Dr. publ.*, 4, p. 19) et probablement aussi, leur prolongation par tacite reconduction d'année en année après l'expiration de ce délai (p. 583, n. 5), comme il arrivait pour les baux publics jusqu'à la nomination d'un nouveau collège de censeurs (*Dr. publ.*, 4, p. 20) ; — 2° la fixation de la *merces* en argent, comme c'est l'usage pour toutes les créances et les dettes de l'Etat (*Dr. publ.*, 4, p. 137, n. 4) ; — 3° le principe selon lequel, les risques étant pour le locateur, celui qui est empêché de jouir ne doit pas la rémunération convenue (p. 583, n. 1), qui était déjà une des clauses habituelles des marchés de l'Etat (*leges censoriae*) pour le cas d'invasion de l'ennemi (Cicéron, *De prov. cons.*, 5, 12 ; cf. Heyrowski, *Rechtliche Grundlage der leges contractus*, 1881, p. 107, n. 3. Ihering, *Espr. du Dr. R.*, 2, p. 294) ; — 4° enfin peut-être les noms des parties et notamment l'interversion surprenante par laquelle celui qui fournit l'argent s'appelle *locator* dans la *locatio operis faciendi* et *conductor* dans les deux autres (v. Mommsen, *Z. S. St.*, 6, pp. 263-267 = *Ges. Schr.*, 3, p. 134-137, *Dr. publ.*, 1, p. 387, n. 2 ; 4, p. 129, n. 3, p. 136, n. 1). Dans son sens concret primitif, le mot *locare* ne veut pas dire louer, il veut dire placer : un père, qui marie sa fille, *locat filiam* et un capitaliste, qui prête son argent à intérêt, *locat pecuniam*. Les magistrats, entre autres les censeurs, ont de même à placer, à mettre dans les mains de quelqu'un les recettes et les dépenses de l'Etat : les recettes, les biens de l'Etat entre les

II. Éléments du louage. — De même que la vente se forme par le consentement sur la chose et le prix, le louage se forme par celui sur l'objet loué et sur la redevance convenue en retour.

La redevance, *merces*, doit, comme le prix dans la vente, être *certa* et *vera*, en vertu des règles sur l'objet de l'obligation et sur le consentement, et consister en argent monnayé, en dépit d'une contestation symétrique à celle que nous avons rencontrée en matière de vente[1]. Il y a seulement une exception : quand le bail porte sur un sol productif de fruits naturels, la *merces* peut consister en une portion de ces fruits que le fermier devra au propriétaire (*colonia partiaria*)[2].

La chose louée peut être soit une chose corporelle, soit une fraction de travail de l'homme.

La *locatio rei*, louage de choses[3], est l'acte par lequel soit le propriétaire d'une chose, soit celui qui en a la jouissance, usufruitier, *habitator*, soit un premier preneur, soit même un tiers sans droit sur la chose, s'engage à en fournir la jouissance à une personne qui lui promet en retour une redevance. Le premier s'appelle *locator*, le second *conductor*, plus spécialement *inquilinus*, au cas de louage de maison, *colonus*, au cas de louage de bien rural[4].

mains de celui qui promet en retour la rémunération la plus élevée (*locatio rei*), les dépenses, les constructions à faire, l'entretien des édifices publics, entre les mains de celui qui s'en charge au meilleur marché (*locatio operis faciendi*). Et c'est ainsi que l'Etat se trouve *locator* au cas de *locatio rei*, où il reçoit l'argent, comme à celui de *locatio operis faciendi*, où il le verse. Quant au nom du *conductor*, il vient d'un autre marché de l'Etat, correspondant à la troisième espèce de louage, de celui conclu par chaque magistrat avec les appariteurs qu'il engage sur la place publique et qu'il emmène (*conducit*) avec lui, ce qui rend l'Etat le *conductor* dans la troisième opération comme il était le *locator* dans les deux premières et a fait transporter le même nom aux particuliers qui ont fait ensuite la même opération.

1. Gaius, 3, 142-144 ; *Inst.*, *h. t.*, *pr.* ; 1 ; 2. Ferrini, *Archiv*, 81, 1893, pp. 1-20, suivi aujourd'hui par M. Cuq, *N. R. H.*, 1899, p. 631, n. 1, a soutenu à tort que cette règle date seulement de Justinien. V. en sens contraire, C. Longo, *Mélanges Girard*, 2, pp. 105-117 ; Berger, *K. V. I.*, 16, 1914, pp. 114-117.

2. Gaius, *D.*, *h. t.*, 25, 6 ; Pline, *Ep.*, 9, 37 ; autre exemple un peu anormal, mais vivant et circonstancié dans l'inscription d'Henchir Mettich, *Textes*, p. 870 et ss. Suivant une doctrine soutenue par M. Waaser, *Die colonia partiaria des römischen Rechts*, 1885, cette opération ne constituerait un louage (*C.*, 4, 65, *De locato*, 8 ; 21) que quand la *merces* consisterait dans une quantité déterminée de fruits (*pars quanta*) et elle constituerait une société, quand la *merces* consisterait dans une part proportionnelle de fruits (*pars quota*). Cf. la réfutation de Pernice, *Z. S. St.*, 3, 1882, p. 57 et ss. Suivant la doctrine dominante, il n'y a pas à distinguer. La question ne se pose pas dans le système de Ferrini cité n. 1.

3. Cf. E. Costa, *La locazione di case nel diritto romano*, 1915.

4. Nous ne possédons pas de titres concrets de louage de choses, tels que les actes de vente qui nous ont été transmis ; mais ils sont jusqu'à un certain point remplacés par des affiches de location de magasins et d'appartements à louer découvertes à Rome et à Pompéi (*Textes*, pp. 852-853) et surtout par un tableau détaillé des conditions de location des compartiments de magasins généraux appartenant à l'empereur, rédigé probablement à l'époque de Nerva (*lex horreorum Caesaris* : *Textes*, p. 851). — On a discuté de notre temps l'antiquité respective des diverses espèces de louage de choses. Suivant certains auteurs (Dernburg-

Quant au louage ayant pour objet le travail humain, on en distingue deux variétés, la *locatio operarum* et la *locatio operis faciendi*, entre lesquelles le critérium fondamental est probablement dans le point de savoir si le contrat a pour objet le travail, abstraction faite de son résultat : tant de journées d'un manœuvre, ou au contraire moins le travail comme tel que son résultat final[1] : la construction d'une maison, le défrichement d'une pièce de terre. Au premier cas, il y a une *locatio operarum*, où l'ouvrier *locat operas suas* au capitaliste, à l'industriel qui l'emploie[2]. Au second, il y a une *locatio operis faciendi*[3], où, par une interversion apparente, venant probablement des origines de droit public de la terminologie (p. 579, n. 2), c'est l'ouvrier qui fait le travail qui porte le nom de *conductor* et la personne pour laquelle le travail est fait qui reçoit le nom de *locator*[4]. Mais il faut remarquer qu'en vertu de conceptions romaines qui ont laissé des traces dans notre droit, ni l'une ni l'autre de ces variétés de louage ne peut porter sur toute espèce de travail : il faut que le fait soit un fait susceptible de louage (*operae locari solitae*, *factum quod locari solet*)[5], d'après une détermination coutu-

Sokolowski, § 367 ; Burckhardt, p. 28), il se serait d'abord appliqué aux meubles, notamment aux bêtes de trait pour lesquelles il est déjà connu, en fait, de la loi des XII Tables (Gaius, 4, 28) et aux esclaves qu'on a aussi dû louer de bonne heure pour les moissons ; nous croyons au contraire avec Karlowa, 2, p. 636, et Pernice, *Labeo*, 1, p. 467, qu'il a pu être pratiqué tout aussi anciennement pour des parcelles d'immeubles louées à des pauvres gens qui n'avaient pas de patron, de qui les recevoir à précaire, et nous pensons même, avec le second auteur, qu'il s'est développé pour le bail à loyer des biens urbains avant de le faire pour le bail à ferme des fonds ruraux. Cette condition modeste de premiers locataires est, en dehors de motifs juridiques, la raison probable pour laquelle on ne leur a donné ni interdit, ni droit réel. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 89-97.

1. Paul, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 5, 1.

2. Exemples relatifs au travail dans les mines de Transylvanie, *Textes*, p. 855. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 8, 1888, pp. 242-244, où est justement relevée, p. 242, n. 1, la rareté des témoignages relatifs à cette variété de louage.

3. Un exemple fort ancien en est fourni dans l'inscription, *Textes*, p. 855, rapportant un marché de ce genre conclu en l'an 649 entre la ville de Pouzzoles et un entrepreneur. V. un relevé de ses applications très variées fournies par les textes : nettoyage de vêtements ; éducation d'un enfant ; garde d'un troupeau ; fabrication d'objets mobiliers ; construction d'un édifice ; réparation d'un bien ; transport par terre ou par eau, etc., dans Pernice, *Z. S. St.*, 9, p. 245, n. 1. — Certains actes mixtes, où l'ouvrier fournissait la matière en même temps que son travail, constituaient logiquement à la fois une vente et une *locatio operarum* ou *operis*. Cassius proposait de donner en conséquence distributivement les actions des deux contrats ; mais Justinien a adopté une solution simpliste déjà proposée par Sabinus qui considère le tout comme une vente (Gaius, 3, 147 ; *Inst.*, *h. t.*, 4) sauf au cas où il s'agit d'une construction et où l'entrepreneur continue à faire un contrat de louage, quoiqu'il fournisse les matériaux (Pomponius, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 20 ; Paul, *D.*, 19, 2, *Loc.*, 22, 2). Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 647, n. 1.

4. V. par exemple *D.*, 4, 9, *Naut.*, 3, 1 : *Si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto... agere potest* (*locatio rei*), *si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur* (*locatio operis*). Cf. *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 1, 1 ; Paul, *D.*, 19, 2, *Locati*, 22, 2, dit qu'en réalité l'entrepreneur loue ses services et cependant il l'appelle *conductor*, et il appelle le propriétaire *locator*.

5. La première catégorie de travaux est plus restreinte et plus méprisée que

mière qui exclut des fonctions impossibles à ramener à une idée unique, à la fois par exemple celle des arpenteurs, des avocats et des nourrices [1].

III. Effets du louage. — Le louage a, comme la vente, pour effet de faire naître à la charge des deux parties des obligations sanctionnées par des actions distinctes : à la charge du *locator*, des obligations sanctionnées par l'action *conducti* donnée au *conductor*, à la charge du *conductor*, des obligations sanctionnées par l'action *locati* donnée au *locator* [2].

Il fait naître immédiatement à la charge du locateur une obligation de fournir la jouissance de la chose (*praestare uti frui*) pour le louage des choses, de fournir la somme de travail ou l'ouvrage convenu dans les autres, d'une manière générale, d'accomplir le contrat, faute de quoi il devra des dommages-intérêts, non seulement pour son dol et sa faute lourde, mais pour sa faute simple (*culpa levis in abstracto*) [3].

Celui auquel a été louée la chose ou le travail d'autrui est aussi tenu dès le moment de la formation du contrat ; il est immédiatement obligé non pas, comme on dit parfois, à payer la *merces*, car il ne la doit qu'après la prestation de l'autre partie, mais à prendre livraison de la prestation de l'autre partie, ainsi, pour le louage des choses, à entrer en jouissance. Quant à la créance des loyers, elle a bien son germe dans le contrat ; mais elle ne prend véritablement naissance qu'au fur et à mesure de la jouissance procurée. Ce n'est pas une créance à terme, ni même une créance conditionnelle, c'est une créance future qui naît au jour le jour. Et de cette idée résultent deux sortes de conséquences qui en sont en même temps les preuves : 1° quand un esclave loue ses services à tant par jour ou par mois, il n'acquiert pas la créance au maître du moment du contrat, comme il ferait pour une créance conditionnelle ou à terme ; il l'acquiert jour par jour à la personne qui ce jour-là a droit aux *operae* [4] ; 2° la créance ne naîtra qu'en proportion de la jouissance effective procurée ; si la continuation de la jouissance devient impossible, fut-ce par cas fortuit, la créance de loyers cesse de naître. Les risques sont pour le

la seconde ; mais peut-être avec des nuances, la limitation existe pour les deux. Cf. *D.*, 50, 13, *De cogn. extr.*, 1.

1. On voit dans les deux dernières hypothèses un mandat (p. 594). Quant à la première, l'*agrimensor*, coupable d'avoir mal rempli ses fonctions, est tenu envers l'intéressé d'une action prétorienne *in factum* sur laquelle il répond seulement de son dol et de sa faute lourde (*D.*, 11, 6, *Si mensor falsum modum dixerit*, 1, *pr.* 1 ; cf. Lenel, *Edictum*, § 89).

2. L'édit contenait, pour les trois variétés de louage, une formule modèle unique où la *demonstratio* seule devait varier suivant la nature de la *locatio* : *Quod A. Agerius N. Negidio fundum* (*locatio rei*), ou *operas* (*locatio operarum*), ou *vestimenta sarcienda* (*locatio operis faciendi*) *locavit*. Cf. Lenel, *Edictum*, § 111 ; Pernice, *Z. S. St.*, 9, p. 239. Ensuite venaient l'*intentio* et la *condemnatio* ordinaires des actions de bonne foi (p. 543, n. 7).

3. *Inst.*, *h. t.*, 5.

4. *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 18, 3 : *Unicuique tantum adquiritur quantum ratio juris permittit.*

locateur, pour celui qui fournit sa chose ou son travail, soit dans le louage de choses où le principe s'applique dans toute sa rigueur [1], soit dans le louage de services, où on l'applique sans difficulté au cas fortuit venant de la personne de l'ouvrier, par exemple si l'ouvrier est mis par une maladie dans l'incapacité de travailler, mais où, cependant, on admet un tempérament fort justifiable quand le cas fortuit est étranger à l'ouvrier et le frapperait d'un chômage imprévu [2], soit enfin dans la *locatio operis faciendi*, où la terminologie signalée donne à l'auteur du travail le nom de *conductor*, mais où on met cependant les risques à sa charge comme à celle des autres locateurs [3].

IV. Extinction de louage. — Le contrat de louage, en particulier le louage des choses, s'éteint, cesse de faire naître des obligations nouvelles :

1° Par la volonté des deux parties, notamment par leur commun accord fixant, dès le principe, pour le louage des choses ou de services, un terme qui paraît avoir été habituellement de cinq ans pour le louage des biens ruraux [4] ; seulement si, à l'expiration du délai, le locataire demeure en jouissance au vu et au su du bailleur, comme le contrat est un contrat consensuel, il y aura, au moins en matière de biens ruraux, un renouvellement tacite (*tacita reconductio*) aux mêmes conditions, sauf la réduction du délai à un an et l'extinction des sûretés réelles données par des tiers [5] ;

1. Alfenus, *D.*, *h. t.*, 30, 1. En conséquence, le fermier d'un bien rural a droit à une remise de fermage (*remissio mercedis*), au cas où la récolte n'a pu être perçue par suite d'un cas de force majeure, inondation, grêle, invasion, etc. Gaius, *D.*, *h. t.*, 25, 7 ; mais si le bail est fait pour plusieurs années, les bonnes devront entrer en balance des mauvaises (Ulpien citant Papinien, *D.*, *h. t.*, 15, 4).

2. Paul, *D.*, *h. t.*, 38, *pr.* : *Qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.* Il n'y a d'exception que pour le cas où il se serait placé ailleurs : *D.*, *h. t.*, 19, 9. V. une solution et une réserve analogues, *D.*, *h. t.*, 19, 10. C'est pour écarter cette règle humaine et équitable que les industriels qui exploitaient les mines de Transylvanie écrivaient, dans les marchés faits avec leurs ouvriers, pour le cas d'inondation de la mine : *Quod si fluor impedierit pro rata conputare debebit* (*Textes*, p. 855).

3. Le travail est aux risques de l'entrepreneur jusqu'au moment où il a été reçu (*operis probatio*) par celui pour qui il a été fait (Labéon, *D.*, *h. t.*, 62 : *Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est*). Seulement une doctrine qui paraît venir de Sabinus excepte le cas où l'ouvrage est détruit par un cas de force majeure impossible à éviter, par exemple par un tremblement de terre (*D.*, *h. t.*, 59. Cf. *D.*, *h. t.*, 36 ; 37).

4. *D.*, *h. t.*, 9, 1 ; 13, 11 ; 24, 2. 4 et les autres textes cités par Esmein, *Mélanges*, p. 220, n. 1. Nous avons vu que ce terme résultait pour les baux de l'Etat de la durée normale du lustre (p. 579, n. 2). Sur une autre cause qui a pu contribuer à son maintien dans les baux privés, v. le même auteur, p. 225 et ss.

5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 13, 11 (Lenel, 948). Le texte, après avoir posé ce principe en termes très clairs pour les baux à ferme de biens ruraux, passe aux baux à loyer des biens urbains, pour lesquels il dit en termes beaucoup plus obscurs : *In urbanis autem praediis alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.* La finale *nisi in scriptis...* est vraisemblablement une addition des compilateurs (cf. Eisele,

2° Par la volonté unilatérale du preneur : même avant le terme, quand il y en a un, s'il ne peut obtenir l'avantage convenu [1], par exemple par suite du défaut de réparation de la chose louée, et quand il n'y a pas de terme, au moment qu'il veut ;

3° Par la volonté unilatérale du bailleur, également au moment qui lui plaît, quand il n'y a pas de terme [2], et quand il y a un terme, dès auparavant dans quelques cas : dans celui d'abus de jouissance, dans celui de défaut de paiement de la *merces* pendant deux ans, enfin dans celui où il y a un urgent besoin de la chose [3].

En revanche le louage ne s'éteint ni par la mort des parties, quoiqu'il en ait peut-être été différemment à l'origine [4], ni, quoiqu'on dise parfois le contraire en faisant une confusion, par la vente de la chose [5].

V. *Lex Rhodia de jactu* [6]. — C'est à propos du contrat de louage qu'il faut indiquer les règles sur les avaries que les Romains représentent

Z. S. St., 7, 1, 1886, p. 28 ; Dernburg-Sokolowski, § 368, n. 44 ; Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 92, n. 3), avant lesquels Ulpien disait par conséquent, semble-t-il, simplement que, pour les biens urbains, le locataire qui avait continué à jouir devait le loyer au prorata du temps de jouissance. Quant au sens de la finale ajoutée au texte remanié, il est très discuté : suivant les uns (Dernburg-Sokolowski, *loc. cit.*), elle exprimerait cette idée naïve que, si le bail primitif a fixé la durée de la prolongation éventuelle, il sera observé ; suivant d'autres (Esmein, *Mélanges*, p. 224, n. 1), qu'au cas exceptionnel de bail verbal fait pour un terme arrêté, la tacite reconduction a lieu pour un an comme en matière d'immeubles ruraux ; suivant d'autres (Vangerow, 3, § 644 ; Windscheid, 2, § 402, n. 13), que la tacite reconduction a lieu au cas de bail écrit pour un temps égal à celui du premier bail. — Au reste, ces règles, étant des règles d'interprétation, peuvent être modifiées par une convention expresse différente contenue dans le premier bail, ainsi que paraît bien faire par exemple la première clause de la *lex horreorum*, *Textes*, p. 851.

1. Gaius, *D.*, *h. t.*, 25, 2.

2. C'est à cela que fait allusion Pomponius, *D.*, *h. t.*, 4, en parlant de *locatio, quoad is qui locasset vellet.*

3. Abus de jouissance : Paul, *D.*, *h. t.*, 54, 1. Caracalla, *C.*, 4, 65, *De locato*, 3. Non-paiement des loyers pendant deux ans : *D.*, *h. t.*, 54, 1 ; 56. Besoin urgent de la chose : *C.*, 4, 65, *De locato*, 3. La constitution est d'Antonin Caracalla, mais il se peut que la finale indiquant cette cause d'expulsion et quelques autres ne soit pas de lui. Cf. Eisele, *Z. S. St.*, 11, 1890, p. 29.

4. C'est, a relevé de Ihering, *Rôle de la volonté dans la possession*, p. 295, n. 159, ce qui semble résulter de Labéon, *D.*, *h. t.*, 60, 1 : *Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo.*

2. L'aliénation permettra bien à l'acquéreur d'expulser le preneur *nisi ea lege emit* (*C.*, 4, 65, *De loc.*, 9 ; v. cependant la doctrine divergente de de Ihering, *op. cit.*, pp. 373-389 ; et en sens très opposé, A. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 95-96 ; v. encore Meynial, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 413-435) ; mais cela n'empêche pas le contrat de subsister ; le locataire aura droit à des dommages-intérêts du bailleur.

6. *D.*, 14, 2, *De lege Rhodia de jactu*. Paul, *Sent.*, 2, 7. Cf. Goldschmidt, *Z. für Handelsrecht*, 35, 1889, pp. 36-90. A. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 84, n. 1, et Ad. Berger, Pauly-Wissowa, 9, 1, 1914, v° *Iactus*, pp. 546-551. V. en outre pour le recueil byzantin portant le nom des lois Rhodiennes, les éd. de R. Dareste, *R. de Philologie*, 1905, pp. 1-29 (cf. *N. R. H.*, 29, 1905, pp. 429-448) et de W. Ashburner, *The Rhodian See Law*, 1909, et Perugi, *Roma e l'Oriente*, 4, 1914, p. 11 et ss.

comme venant de la *lex Rhodia de jactu*. Quand, à la suite d'un péril de mer, on a dû sacrifier une partie de ce qui se trouvait sur un navire pour sauver ce navire ou sa cargaison, la perte doit être supportée proportionnellement par les propriétaires des choses sauvées[1]. C'est un principe déjà connu des jurisconsultes de la fin de la République[2]. Il vient, dit-on, des lois commerciales de l'île de Rhodes, mais il est mis en pratique, à Rome, au moyen des actions qui naissent du louage : en vertu de la *locatio operis faciendi* contractée entre le maître du navire et les propriétaires des marchandises, le propriétaire des marchandises sacrifiées aura l'action *locati* pour demander son indemnité au maître du navire, et celui-ci aura l'action *conducti* pour demander leur part contributive de cette indemnité aux propriétaires des marchandises sauvées[3].

§ 3. — Société.

La société[4], qui, pas plus que la vente et le louage, n'a dû être reconnue comme contrat consensuel et de bonne foi avant l'introduction de la procédure formulaire, est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à mettre quelque chose en commun dans un but licite pour en retirer un avantage.

Les principales espèces de sociétés sont : la société universelle de tous biens présents et à venir (*societas omnium bonorum*), sans doute issue de la communauté fréquente à l'époque ancienne sous le nom de *consortium* entre enfants du même père restés volontairement dans l'indivision après sa mort[5], forme de la société qui est probablement celle

1. *D.*, *h. t.*, 1 : *Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.*
2. Servius, Ofilius, Labéon, *D.*, *h. t.*, 2, 3.
3. *D.*, *h. t.*, 2, *pr.* : *Si laborante nave jactus factus est, omissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent : is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest.*
4. *Inst.*, 3, 25, *De societate*, *D.*, 17, 2, *Pro socio*. Cf. B. W. Leist, *Zur Gesch. d. römisch. Societas*, 1881. A. Pernice, *Z. S. St.*, 3, 1882, pp. 48-103. 9, 1888, p. 232-237. C. Ferrini, *Archivio*, 38, 1887, pp. 1-32. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 651-662. Trumpler, *Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen*, 1906, et le compte rendu de H. Krueger, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 458-465.
5. Aulu-Gelle, 1, 9, 12 : *Quod quisque familiae pecuniaeque habebat in medium dabat et coibatur societas inseparabilis, tamquam fuit illud antiquum consortium, quod jure atque verbo Romano appellabatur ercto non cito*. Festus, v° *Sors*. Paul Diacre, v° *Disertiones*. Varron, *De l. L.*, 6, 65. — Exemples : Tite-Live, 41, 27, 2 : le censeur de 580 Q. Fulvius Flaccus et son frère Cn. Fulvius ; Val. Max., 4, 4, 8, et Plutarque, *Aemil.*, 5 : les seize Aelii vivant sous le même toit parmi lesquels le gendre de Paul Emile ; Q. Mucius Scaevola, *D.*, 29, 2, *De adq. her.*, 78 : *Duo fratres* ; Cicéron, *In Verr.*, 2, 3, 23, 57 : *Tres fratres consortes* ; Cervidius Scaevola, *D.*, 10, 2, *F. E.*, 39, 3 ; Ulpien, *D.*, 17, 2, *Pro socio*, 52, 8 ; Paul, *D.*, 27, 1, *De excus.*, 31, 4. — Ce *consortium* qu'on a depuis longtemps comparé aux communautés taisibles de notre ancien droit (Viollet, *Hist. du dr. français*, pp. 801-804) et qui a du reste, croyons-nous, comme elles, toujours résulté de la volonté des parties et non pas d'une obligation légale de rester dans l'indivision (en ce sens,

qui s'est développée la première et d'où sont venues les autres [2], qui est en tout cas celle qui est prise comme type dans les commentaires et dans l'édit [2] et celle pour laquelle s'expliquent le mieux certaines des règles propres de la société [3]; la société d'acquêts, portant seulement sur les acquisitions à venir faites à titre onéreux par les associés (*societas quaestus, lucri, compendii*), qui est peut-être plus récente, mais qui est à l'époque classique celle qu'on présume à défaut de volonté explicite des associés [4]; la société portant sur un seul bien, un fonds de terre, un esclave (*societas unius rei*) [5]; la société formée en vue d'une série d'opérations communes, par exemple d'un commerce ou d'une industrie (*societas alicujus negotiationis*) [6].

I. Eléments du contrat. — Les éléments de fond nécessaires pour

Pernice, *Z. S. St.*, 3, p. 71 et ss. ; en sens contraire, Karlowa, *Legisactionen*, 1872, p. 143), présente avec la société de tous biens certaines différences (cf. Pernice, pp. 86-89). Mais il paraît bien en avoir été le modèle. V. en sens contraire Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 653, n. 1.

1. V. en ce sens Salkowski, *De societate publicanorum*, 1859, p. 20 ; Dernburg-Sokolowski, § 382. M. Pernice considère au contraire les diverses variétés de sociétés comme ayant eu des origines indépendantes et distingue, sous ce rapport, la *societas omnium bonorum*, née du *consortium*, la *societas quaestus* (n. 4), et la *politio* (n. 6), qui suivant lui n'auraient été pleinement fondues que par Justinien. C'est, en revanche, à tort, croyons-nous avec le même auteur, 3, pp. 101-103, qu'on mêle à l'histoire de la société la communauté reconnue par l'édit de Rutilius entre le patron et l'affranchi comme maximum des droits du premier à l'encontre du second, *D.*, 38, 2, *De bon. lib.*, 1, 1 (cf. p. 126, n. 3).

2. Lenel, *Edictum*, § 109.

3. Extinction par la mort, p. 590, n. 4, par la *capitis deminutio*, p. 590, n. 6. *Culpa levis in concreto*, p. 589, n. 1. Infamie au cas de condamnation, p. 591, n. 7. Bénéfice de compétence, p. 591, n. 8. *Jus fraternitatis*, p. 591, n. 6.

4. *D.*, *h. t.*, 7-13, où la présomption indiquée par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7, était probablement déjà admise par Sabinus qu'il commente. Exemple de pareille société entre coaffranchis, *D.*, *h. t.*, 71, 1.

5. *D.*, *h. t.*, 5, *pr.* Exemple, *D.*, *h. t.*, 58, *pr.*

6. Les exemples abondent. On peut citer les sociétés de travailleurs libres, qui figurent déjà comme traitant avec les propriétaires des récoltes, à une époque où le contrat consensuel de société n'existait pas, dans les formulaires de Caton, *De r. r.*, 144, et qu'on voit encore, sous l'Empire, aller chaque année pour les récoltes d'une région à l'autre en Italie (Suétone, *Vit.*, 2) et en Afrique (inscription de Maktaris, *Eph. ep.*, 5, p. 276) ; les sociétés contractées entre un propriétaire et un ouvrier soit pour l'élève du bétail, soit pour la mise en culture d'un champ (*D.*, *h. t.*, 52, 2 ; v. sur la *politio*, Pernice, *Z. S. St.*, 7, 1, 1886, pp. 97-102, et sur la lecture du texte, Karlowa, 2, p. 658, n. 1) ; les sociétés de banquiers (*argentarii*) dont nous avons, dans les triptyques de Transylvanie, un exemple qui les montre encore formées par des stipulations réciproques (*Textes*, p. 857) ; les sociétés de marchands d'esclaves (*venaliciarii*) ; enfin celles des soumissionnaires des travaux publics et de la perception des impôts (*societates publicanorum, vectigalium*, p. 588, n. 1), qui ne sont elles-mêmes au fond que des *societates unius negotiationis*, quoique Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, les oppose aux autres sociétés à cause de leurs règles spéciales (p. 590, n. 5, par ex.). Les sociétés de banquiers et de marchands d'esclaves, qui sont des sociétés purement privées, sont aussi soumises à des règles spéciales, non pas au point de vue de leur fonctionnement intérieur, mais à celui de la responsabilité individuelle des associés envers les tiers (*Rhet. ad Her.*, 2, 13, 19 ; *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, 44, 1).

qu'une convention constitue le contrat consensuel de société obligatoire par le simple accord des volontés sont :

1° Un apport réciproque. Cet apport peut être de nature très variée, consister soit dans la propriété d'une chose, soit dans sa jouissance, soit dans l'activité d'un des associés ; il peut être différent pour les divers associés[1] ; il peut même être inégal[2] ; mais il faut qu'il existe de la part de chacun ; si une personne ne fait pas d'apport, même en industrie, et est déclarée avoir droit à une part des avantages sociaux, il n'y a pas contrat consensuel de société, il peut tout au plus y avoir une donation soumise aux conditions de forme et de fonds des donations[3].

2° Un intérêt commun. Il faut que chaque associé ait droit, en retour de sa mise, à une part des avantages sociaux, dans les sociétés de spéculation à une part des bénéfices : si l'une des deux parties qui ont convenu d'un apport réciproque est déclarée exclue des bénéfices attribués en totalité à l'autre (société léonine), il n'y a pas contrat de société valable[4].

3° L'intention de former une société (*affectus societatis*). Il peut y avoir des apports réciproques, un intérêt commun, sans société. Il n'y aura pas société, il y aura seulement indivision, quand les parties qui ont fait des apports dans un intérêt commun n'ont pas eu l'intention de former une société : il est donc très important de reconnaître cette intention que les ambiguïtés de la terminologie romaine rendent parfois malaisé de discerner[5].

4° Un but licite[6]. Une société constituée pour faire la contrebande n'existe pas : il peut tout au plus y avoir indivision.

II. Effets de la société. — La société a, comme la vente et le louage, pour effet de faire naître des obligations entre les parties. Son effet est même plus simple que le leur en ce qu'au lieu de faire naître à la charge des parties des obligations distinctes sanctionnées par des actions différentes, elle fait naître au profit de chacun des associés une créance de

1. *C.*, 4, 37, *Pro Socio*, 1.
2. *D.*, *h. t.*, 5, 1.
3. *D.*, *h. t.*, 5, 1.
4. C'est la solution déjà donnée par Cassius, *D.*, *h. t.*, 29, 2. Le nom vient de la fable d'Esope où le lion va à la chasse avec l'âne et garde tout le gibier pour lui (Phèdre, 1, 45).
5. Exemple : *D.*, *h. t.*, 31 ; 32 ; 33. Deux personnes ont mis de l'argent en commun pour acheter une chose ensemble. Il y aura, selon leur intention, société ou indivision. Ce sera souvent difficile à savoir à raison du langage qui emploie également les mots *socii*, *societas* dans les deux cas, et à cause du caractère consensuel du contrat de société. Et ce sera cependant fort important, par exemple pour savoir si l'action est l'action *pro socio* ou l'action *communi dividundo*, par exemple parce que le lien social qui tient aux personnes s'éteint par la mort et ne passe pas aux acquéreurs de la part de propriété de la chose, tandis que celui de communauté qui tient à la chose passe aux héritiers et aux sous-acquéreurs.
6. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 57 : *Rerum inhonestarum nullam esse societatem.*

même nature sanctionnée par une action unique, l'action *pro socio*. C'est à tort qu'on a parfois représenté la convention de société comme ayant pour résultat de créer une personne morale distincte des membres de la société, ayant un patrimoine, un actif, un passif distincts des leurs : la personnalité juridique n'est accordée qu'aux grandes compagnies soumissionnaires des travaux publics et de la perception des revenus de l'État (*societates publicanorum*)[1]. Les sociétés ordinaires n'ont pas d'existence distincte de celle de leurs membres[2]. Le contrat qui les forme fait donc exclusivement naître des obligations entre les associés[3] : l'obligation de réaliser l'apport convenu ; celle d'apporter aux affaires sociales les mêmes soins qu'aux siennes propres ; celle de communiquer aux autres associés les bénéfices qu'on a faits pour le compte commun et de participer aux pertes faites par eux pour lui.

1. Chacun est tenu d'effectuer sa mise. Cette obligation s'accomplira d'une manière différente selon que l'apport consistera en propriété, en jouissance ou en industrie. Par exemple s'il consiste en propriété, elle s'exécutera par les modes ordinaires d'aliéner, à l'époque classique, selon la nature des choses, par mancipation ou tradition, sous Justinien par tradition ; car, pas plus en matière de société qu'en matière de vente, on ne doit confondre l'obligation née du contrat avec l'acte translatif de propriété qui l'exécute. Il est donc surprenant qu'en matière de société universelle la propriété des biens présents soit présentée comme étant, en vertu d'une règle spéciale, transférée sans tradition[4].

1. Gaius, *D.*, 3, 4, *Quod cujuscumque*, 1, *pr.* ; v. sur ces sociétés, outre l'ouvrage précité de Salkowski, Mommsen, *Dr. publ.*, 4, pp. 116. 126. 129 ; Marquardt, *Organisation financière*, pp. 379-383 ; Kniep, *Societas publicanorum*, 1, 1896, le travail de Rostowzew, cité, p. 579, n. 2 et Mitteis, *Privatrecht*, p. 403-414.

2. C'est dit positivement par Gaius, *loc. cit.* Cependant une doctrine d'ailleurs assez abandonnée a soutenu le contraire en invoquant quelques textes dont le plus important est *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 22, selon lequel *personae vice fungitur societas...* Mais ces textes ne disent pas que toutes les sociétés sont des personnes morales ; ils prouvent seulement qu'il y en a qui le sont ; or on les connaît ; ce sont celles citées par Gaius, *loc. cit.*

3. On parle parfois, pour la société comme pour le mandat, d'effets à l'égard des tiers, notamment, quant aux obligations, de créances et de dettes produites par la société entre les associés et les tiers. Mais c'est par un abus de langage. Quand les associés figurent eux-mêmes tous au contrat, ils deviennent créanciers ou débiteurs non pas en vertu de la société, mais en vertu de leur contrat et, sauf des exceptions résultant de dispositions spéciales les rendant solidaires (v. les textes cités, p. 586, n. 6, sur les sociétés d'*argentarii* et de *venaliciarii*), seulement pour leurs parts. Quand au contraire le contrat est fait par un seul, c'est lui seul qui devient créancier et débiteur d'après le droit civil, et si les autres deviennent, sinon créanciers, au moins débiteurs *jure praetorio*, c'est en vertu de principes généraux que nous étudierons en cherchant entre quelles personnes les obligations produisent leur effet. Cf. Ulpien, *D.*, 14, 1, *De exercit. act.*, 4, *pr.* 1.

4. Paul, *D.*, *h. t.*, 1, 1. Gaius, *D.*, *h. t.*, 2, et la doctrine moderne expliquent cette décision par l'idée d'un constitut possessoire ; mais alors elle ne devrait pas s'appliquer aux choses dont l'associé est propriétaire sans les posséder, quoique le texte de Paul soit général, et elle devrait également s'appliquer dans toutes les

2. Chaque associé est tenu d'apporter aux affaires sociales les mêmes soins qu'aux siennes propres (*culpa levis in concreto*)[1]. Seulement cela soulève une question : il sera tenu, quand il n'aura pas apporté aux affaires sociales dont il devait s'occuper les mêmes soins qu'aux siennes propres. Mais quand doit-il s'en occuper ? Comment les affaires sociales seront-elles gérées ? Les textes sont, en réalité, à peu près muets sur ce point. Il est probable que, dans la plupart des cas, le contrat devait le régler, décider si l'administration serait commune ou exercée par un seul, et des arrangements conférant la gérance à l'un pouvaient aussi être pris après coup. En dehors de là, l'obligation de pourvoir aux affaires sociales incombe à chacun.

3. Chaque associé doit faire participer les autres aux bénéfices qu'il a faits pour le compte commun et contribuer aux pertes qu'ils ont faites pour lui (*communicatio lucri et damni*)[2]. Mais ici encore il faut se demander dans quelle proportion aura lieu cette contribution.

Les parts peuvent êtres déterminées par une convention expresse. Alors on observe en principe cette convention[3] : ainsi quand elle établit des parts inégales dans les bénéfices, qu'on répute alors être les mêmes dans les pertes[4] et qui sont un moyen de balancer l'inégalité des apports ; ainsi quand elle établit des parts différentes pour le cas de perte et pour celui de gain et même quand elle déclare qu'un associé aura part aux gains, si la société réussit, et ne contribuera pas aux pertes, si elle échoue : ces dernières clauses n'étaient pas admises par Q. Mucius Scaevola ; mais elles l'étaient déjà par Ser. Sulpicius[5] : elles sont encore un moyen de balancer l'inégalité des apports et elles ne suppriment pas la communauté d'intérêts, attendu qu'on les considère comme se rapportant en bloc au résultat total des opérations sociales et non pas distributivement à chacune des opérations bonnes ou mauvaises[6].

sociétés où l'un des associés consent un apport en propriété, quoique le texte ne parle que de la *societas omnium bonorum*. Les deux choses pourraient plus aisément se comprendre, en voyant là une survivance des règles du *consortium* (p. 585, n. 5). Mais peut-être faut-il tout simplement les expliquer, avec M. Riccobono, *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 186-190, par des interpolations des compilateurs.

1. *Inst.*, *h. t.*, 9, où la finale qui se retrouve sous le nom de Gaius, *D.*, *h. t.*, 72, a peut-être été interpolée pour réduire à la *culpa levis in concreto* la *culpa levis* imputable à l'associé.

2. Communication des acquisitions : Paul, *D.*, *h. t.*, 74 ; contribution aux dépenses : Paul, *D.*, *h. t.*, 38, 1.

3. *Inst.*, *h. t.*, 1.

4. Gaius, 3, 150.

5. Gaius, 3, 149. *Inst.*, *h. t.*, 2.

6. *Inst.*, *h. t.*, 2. Paul, *D.*, *h. t.*, 30. Il est aisé de comprendre que, si l'associé prenait part aux profits de chaque opération avantageuse et non aux pertes des opérations désavantageuses, il pourrait, au total, faire des gains, tandis que les autres feraient des pertes, par exemple, la société fût-elle finalement désastreuse, du moment qu'il y aurait eu deux ou trois bonnes opérations sur lesquelles il aurait prélevé sa part, sans avoir rien à débourser à raison de toutes les autres

Le montant des parts peut aussi être remis à la détermination, soit d'un des associés, soit d'un tiers, qui alors apprécie en principe à son gré, mais dont cependant la décision pourra être attaquée au moyen de l'action *pro socio* par l'associé qui la considérerait comme le lésant dans ses droits [1].

Enfin, si les parts n'ont été ni fixées par la convention des parties, ni remises par elles à l'évaluation d'un tiers, elles sont égales pour tous les associés, malgré l'inégalité des apports [2].

III. Extinction de la société. — La société s'éteint, suivant une formule donnée par Ulpien, *ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione* [3].

1. *Ex personis.* La société étant formée en considération des personnes, elle s'éteint par la mort de chaque associé [4] : on pourrait seulement convenir que la société continuera entre les survivants, mais non qu'elle continuera entre eux et l'héritier du défunt [5] ; par la *capitis deminutio*, quelconque au temps de Gaius, *maxima* ou *media* sous Justinien, de l'un des associés [6] ; enfin par la ruine complète (*venditio bonorum*, confiscation des biens) de l'un d'eux [7].

2. *Ex rebus.* La société s'éteint *ex re*, quand le but pour lequel elle a été constituée se trouve accompli ou est devenu impossible ; quand aussi l'actif social a péri tout entier [8].

3. *Ex voluntate.* La société, qui s'éteint naturellement par la volonté

opérations mauvaises. Il en serait de même, avec un peu plus de complication, s'il prenait une part plus forte dans le produit de chacune des bonnes opérations et contribuait par une part moins forte aux pertes de chacune des mauvaises.

1. Arbitrage d'un associé : *D., h. t.*, 6 ; d'un tiers : *D., h. t.*, 76-80.

2. Ulpien, *D., h. t.*, 29, *pr.* : *Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat.* Gaius, 3, 150. *Inst., h. t.*, 1. On a cependant parfois soutenu que les parts devraient être proportionnelles aux apports. Mais la preuve que les textes, en parlant de *partes aequae*, visent des parts égales, résulte, par exemple, de Pomponius, *D., h. t.*, 6, et de Proculus, *D., h. t.*, 80, qui ne pourraient pas dire sans cela, à propos du partage fait par un arbitre, qu'il sera parfois juste que les parts ne soient pas *aequae*, et, d'un autre côté, si le droit romain avait admis la proportionnalité, il lui aurait fallu, comme au Code civil, art. 1853, déterminer la part de celui qui fait un apport en industrie.

3. Ulpien, *D., h. t.*, 63, 10. D'après une autre formule donnée par Modestin, *D., h. t.*, 4, 1 : *Dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione et egestate.*

4. Paul, *D., h. t.*, 1, *pr.* : *Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt* (il ne fait qu'exprimer la même idée en disant, *D., h. t.*, 70 : *Nulla societatis in aeternum coitio est*).

5. *D., h. t.*, 35 ; 52, 9. — Il en est différemment pour la *societas vectigalium*, *D., h. t.*, 59, *pr.*

6. Gaius, 3, 153. Les textes d'Ulpien, *D., h. t.*, 63, 10, et de Paul, *D., h. t.*, 65, 11, qui restreignent cette solution à la *capitis deminutio maxima* ou *media* indiquent un progrès postérieur à Gaius, s'ils n'ont pas été tout simplement retouchés par les compilateurs (v. en ce dernier sens Accarias, 2, p. 353, n. 2. Eisele, *Beiträge zur römisch. Rechtsgeschichte*, 1896, p. 193).

7. *Inst., h. t.*, 7 ; 8. *Venditio* : Paul citant Labéon, *D., h. t.*, 65, 1 *Publicatio* : Paul, *D., h. t.*, 65, 12.

8. Ulpien, *D., h. t.*, 63, 10. *Inst., h. t.*, 6.

de tous les associés et notamment par celle qu'ils ont exprimée d'avance en lui fixant un terme [1], peut en outre être dissoute par la volonté unilatérale de chacun des associés, non seulement quand c'est une société perpétuelle, mais même quand c'est une société à terme et que le terme n'est pas atteint. Seulement, si la renonciation est frauduleuse ou intempestive ou si elle est faite sans motif avant le terme, son auteur est considéré comme ne se déliant pas envers ses associés et les déliant envers lui (*socium a se non se a socio liberat*) [2].

4. *Ex actione* Ce mode de dissolution diffère du précédent en ce qu'il ne consiste pas en une simple manifestation de volonté, mais en un acte juridique (*actio*), stipulation novatoire ou déduction du droit en justice [3].

Dans tous les cas de dissolution, la société cesse de faire naître de nouvelles obligations ; mais cela n'empêche pas plus qu'en matière de louage, par exemple, les obligations déjà nées de subsister et de fonder, au profit de chaque partie, l'action *pro socio* [4], action de bonne foi qui peut être intentée durant la société [5] mais qui l'est surtout après son extinction et qui, par un double effet de l'idée de fraternité sociale [6], présente à la fois cette rigueur particulière d'entraîner l'infamie contre celui qui s'y laisse condamner [7] et cette faveur spéciale de n'amener une condamnation contre lui que dans la limite de ses ressources (*in id quod facere potest*), de lui donner ce qu'on appelle le bénéfice de compétence [8].

1. Paul, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Vel ad tempus.*
2. Renonciation frauduleuse, par exemple dans l'intention de garder en propre un profit qui devrait tomber en société : *D.*, *h. t.*, 65, 3. Renonciation intempestive à un moment nuisible aux intérêts sociaux : *D.*, *h. t.*, 65, 5. Renonciation sans motif sérieux (exemples de motifs sérieux : *D.*, *h. t.*, 14-16) avant le terme : *D.*, *h. t.*, 65, 6.
3. *D.*, *h. t.*, 65, *pr.* : *Actione distrahitur cum stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis.* V. Heumann-Seckel, vº *Actio* et H. Krueger, *Z. S. St.*, 28, p. 461.
4. Au cas de dissolution par la mort, elle est remplacée contre l'héritier de l'associé par une formule spéciale distincte, commentée par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 63, 8. 9. Cf. *D.*, *h. t.*, 35, et Lenel, *Edictum*, § 110, 2.
5. *D.*, *h. t.*, 65, 15. On admet souvent que l'action *pro socio* n'aurait anciennement pu s'intenter qu'à la fin de la société ; cf. en sens contraire A. Pernice, *Z. S. St.*, 9, 1888, pp. 234-236.
6. *D.*, *h. t.*, 63, *pr.* : *Societas quodammodo jus fraternitatis in se habet.*
7. Gaius, 4, 182. *Lex Julia*, l. 111 (*Textes*, p. 87).
8. On considère généralement le bénéfice de compétence comme étant accordé à l'associé dans la formule d'action *pro socio* relative à une *societas omnium bonorum* qui se trouve dans l'édit. Et en partant de là, on discute si cet avantage aurait été étendu aux autres associés dès l'époque classique, comme le proposait déjà Sabinus et comme le décide Ulpien (*D.*, *h. t.*, 63, *pr.*) ou seulement par Justinien (en ce sens Ferrini, p. 18. Pernice, *Z. S. St.*, 3, 1862, p. 89). La question nous semblait écartée par la doctrine de Lenel, *Edit*, 2, pp. 12-13, selon laquelle le bénéfice ne se trouvait pas dans la formule d'action *pro socio* de l'*album*, était exclusivement promis dans un édit spécial immédiatement consécutif où le préteur promettait de l'accorder *causa cognita* (Pomponius, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 2, 1). Mais M. Lenel admet aujourd'hui, *Edictum*, p. 288, que la clause était dans la formule. Cf. en faveur de la clause sur le dol rejetée par Lenel, à cause de *D.*, 17, 2, *Pro socio*, 63, 7, malgré le même fr. 63, *pr.*, Gaius, *D.*, *h. t.*, 68, 11.

Si en outre il y a des biens indivis à partager, on a de plus, pour en obtenir le partage, l'action *communi dividundo*, où l'*adjudicatio* de la formule donne au juge le pouvoir de transférer la propriété [1].

§ 4. — **Mandat.**

Le mandat (*mandatum*) [2] est le contrat par lequel une personne charge de faire quelque chose dans son intérêt une autre personne qui accepte gratuitement cette mission. A la différence de la vente, du louage et de la société, qui sont des contrats synallagmatiques parfaits, c'est un contrat synallagmatique imparfait : il fait naître immédiatement au profit du mandant (*mandans*, *mandator*) une créance sanctionnée par l'action *mandati directa* et il peut par la suite en faire naître au profit du mandataire une autre sanctionnée par l'action *mandati contraria*.

Le mandat n'existait naturellement pas plus que les autres contrats de bonne foi, au temps des Actions de la loi [3], et des vestiges de son inexistence à l'époque ancienne nous sont même fournis par la confection à cette époque de lois positives établissant des actions spéciales pour remplir des fonctions plus tard remplies par les actions *mandati directa* et *contraria* [4]. En revanche, c'est le premier contrat de bonne foi dont l'existence soit attestée sous la procédure formulaire : non seulement les actions de mandat figurent dans l'énumération des actions de bonne foi de Q. Mucius Scaevola [5] ; mais il nous est rapporté que de deux préteurs de la première moitié du VII[e] siècle l'un, Sex. Julius, préteur en 631, refusait l'action de mandat contre les héritiers et le second, M. Livius Drusus, préteur entre 634 et 639, la donnait contre eux [6]. Nous croyons même très vraisemblable que, comme la plupart

1. *D.*, 10 ; 3, *Comm. div.*, 1-3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 43 (cf. sur ce dernier texte, Eisele, *Archiv*, 79, 1892, pp. 375.393).

2. *Inst.*, 3, 26, *De mandato*. *D.*, 17, 1, *Mandati vel contra*. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 662-667.

3. Les actions de mandat sont des actions de bonne foi qui, d'après le langage de Cicéron, *De off.*, 3, 15, 61, ne peuvent avoir existé avant la loi Aebutia (p. 533, n. 4). De plus, nous sommes portés à croire que le mandat a été sanctionné par une action prétorienne *in factum*, avant de l'être par une action rédigée *in jus* ; or les actions prétoriennes sont inconnues au temps des Actions de la loi (p. 533, n. 4). Ici encore on a prétendu trouver la preuve de l'existence des actions du contrat (v. par ex. Karlowa, p. 665) dans des textes de Plaute et même de Caton, *De r. r.*, 145, 2. 8, qui trouvent tout au plus l'existence de cet arrangement, sans en déterminer ni la portée juridique ni les conditions d'efficacité.

4. La loi Aquilia n'aurait pas créé une peine contre l'*adstipulator* qui a fait acceptilation en fraude des droits du créancier principal, s'il avait alors été déjà tenu de l'action *mandati directa* en reddition de compte (p. 422, n. 5). La loi Publilia citée par Gaius, 3, 127. 4, 22, n'aurait pas créé davantage une action spéciale en recours au profit du *sponsor* qui a payé la dette cautionnée par lui s'il avait déjà eu alors l'actio *mandati contraria* en indemnité.

5. Cicéron, *De off.*, 3, 17, 70 (p. 534, n. 2).

6. *Rhet. ad Her.*, 2, 13, 19 : *M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, judicium reddidit. Sex. Julius non reddidit.* La date de la préture de Sex. Julius est donnée par Cicéron, *De domo*, 53, 136 ; celle de la préture

des autres rapports juridiques sanctionnés par des actions directes et contraires, le mandat, avant d'être sanctionné par une action de bonne foi *in jus*, l'a été par une action prétorienne *in factum* : les doutes sur la transmission contre les héritiers s'expliquent par exemple particulièrement bien pour l'action *in factum* [1].

I. **Eléments essentiels**. — Pour qu'une convention constitue le contrat consensuel de mandat, obligatoire par le simple accord des volontés, il faut :

1° Que le fait dont une des parties est chargée par l'autre soit licite et moral. Ce peut être l'administration générale de toute une fortune (*procuratio omnium bonorum*) ; ce peut être l'accomplissement d'un acte déterminé (*procuratio unius rei*), qui peut lui-même être soit un acte matériel : le nettoyage d'un vêtement, la prononciation d'une plaidoirie, soit un acte juridique : le cautionnement d'une dette du mandant, l'achat d'un bien pour son compte, la conduite d'un de ses procès ; mais cet acte ne doit être ni contraire aux lois ni contraire aux mœurs. Sinon, il n'y a pas de mandat, le mandant n'a pas d'action en exécution, quand le mandataire n'exécute pas, ni le mandataire d'action en indemnité, après avoir exécuté [2].

2° Que ce fait intéresse le mandant. Les Institutes font à ce propos, après Gaius, une longue énumération des mandats, valables ou nuls, qui peuvent intervenir dans l'intérêt du mandant, dans celui du mandant et d'un tiers, dans celui du mandant et du mandataire, dans celui du mandataire seul, dans celui du mandataire et d'un tiers, dans celui d'un tiers [3]. Ceux des trois premières espèces sont valables, parce qu'ils sont dans l'intérêt du mandant ; ceux des trois dernières sont nuls, parce que le mandant n'y a pas d'intérêt [4], et, en conséquence, ils ne font naî-

de Drusus résulte de ce qu'ayant été tribun en 632 (Cicéron, *Brut.*, 28. 109) et consul en 642, il ne peut, d'après les intervalles exigés entre les magistratures, avoir été préteur avant 634 ni après 639. Cf. Girard, *Mélanges*, 1, p. 90, n. 4, pour la première et p. 95, n. 1 à 4, pour la seconde.

1. M. Lenel, *Edictum*, § 109, ne relève de vestiges d'une formule *in factum* que pour l'action *mandati contraria*. Mais l'existence d'une formule directe *in factum* antérieure à la formule *in jus* nous paraît suggérée, au moins autant que par la décision de Sex. Julius, par l'analogie de la fiducie, du dépôt, du gage, du commodat et de la gestion d'affaires (pp. 534, n. 1 ; 537, n. 1 ; 635, n. 3).

2. *Inst.*, *h. t.*, 7. Action directe : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 6, 3. Action contraire : Paul, *D.*, *h. t.*, 22, 6.

3. Gaius, *D.*, *h. t.*, 2, *Inst.*, *h. t.*, *pr.*-6.

4. C'est la distinction qui nous paraît commandée par les principes. V. aussi Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 6 : *Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus qui mandavit* ; *ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit quatenus interest*. Mais elle est assurément à peu près rendue lettre morte, pour les mandats dans l'intérêt d'un tiers, par l'intérêt du mandant que fera naître au plus tard le commencement de la gestion (p. 594, n. 2) et on s'explique en conséquence que Gaius et Justinien paraissent restreindre la nullité au cas de mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire.

tre en règle ni action en exécution, ni action en indemnité. Seulement si le mandat n'intéressant pas le mandant constitue de sa part un conseil frauduleux donné dans l'intention de nuire, il pourra faire naître au profit de celui qui l'a exécuté une action de dol[1]; s'il est donné dans l'intérêt d'un tiers, il se trouvera être en même temps dans l'intérêt du mandant et par conséquent devenir valable, dès lors que le mandant aura par là assumé envers le tiers le rôle et les obligations d'un gérant d'affaires[2]; enfin, même en dehors de là, on a fini par admettre, sous le coup de nécessités pratiques, que le mandat de prêter de l'argent à une personne déterminée (*mandatum pecuniae credendae*) ferait naître une fois exécuté une action *mandati contraria* en recours, de manière à jouer le rôle d'un procédé de cautionnement où la caution est le mandant et le créancier le mandataire[3].

3° Qu'il doive être accompli gratuitement. Mais l'exigence de la gratuité, qui est encore exprimée par les jurisconsultes de l'époque classique et par Justinien[4], n'a été absolue qu'à l'époque la plus ancienne. Par la suite, le mandat a reçu des applications où cette règle est effacée. Elles se rapportent en grande partie à des services qui, d'après la théorie romaine, ne pouvaient faire l'objet d'un louage. Ces services faisaient anciennement l'objet d'un mandat gratuit. Plus tard on arriva à reconnaître qu'ils méritaient une rémunération et que cette rémunération devait pouvoir être convenue d'avance et être exigée judiciairement[5]. On eût dû alors faire rentrer l'opération dans le domaine

1. *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 47, *pr.*

2. On a discuté si cette gestion résulte du mandat lui-même ou seulement de son exécution. C'est, à notre avis, une question de circonstances.

3. Gaius, 3, 156. *Inst.*, *h. t.*, 6. Le motif donné là par Gaius et Justinien : *Quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset*, est invoqué chez Ulpien, *D.*, *h. t.*, 6, 5, pour valider, quand il existerait, toute espèce de mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire : *Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit : aut si non esses facturus, nisi ego mandassem etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio*. La finale *aut si non esses facturus*... dont le sens exact est discuté (cf. Vangerow, 3, § 659, n. 3. 4 ; Windscheid, 2, § 412, n. 21) se révèle, à notre avis, comme venant des compilateurs par une particularité que nous n'avons pas vu relever : c'est que, d'après la place que le texte occupe dans le commentaire de l'édit d'Ulpien (Lenel, 907), l'action qu'il aurait donnée au cas de conseil ayant déterminé à faire un acte désavantageux, ne serait pas, comme veut évidemment dire le texte actuel, l'action *mandati contraria* en indemnité, de la formule de laquelle le commentaire n'arrive que beaucoup plus loin (Lenel, 910. 911), mais l'action *mandati directa* en exécution, que le jurisconsulte commentait seule dans ce passage et sans doute dans plusieurs autres après lui (Lenel, 907. 908. 909).

4. Javolenus, *D.*, *h. t.*, 36, 1 : *Mandatum gratuitum esse debet*. Paul, *D.*, *h. t.*, 1, 4 : *Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces : interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit*. *Inst.*, *h. t.*, 13. En conséquence certains travaux font l'objet d'une *locatio operarum* ou d'une *locatio operis faciendi*, s'ils sont fournis moyennant une rémunération, et d'un mandat, s'ils sont fournis gratuitement.

5. Ulpien, *D.*, 50, 13, *De extr. cogn.*, 1 : Lenel, 2289. Cf. A. Pernice, *Festgabe*

du louage, voir dans cette rémunération une *merces*. Au lieu de cela on la qualifia d'ordinaire de noms différents (*honos*, *honorarium*, *salarium*) et on en fit l'objet d'une *cognitio extra ordinem* où le magistrat pouvait aussi bien l'allouer en l'absence de convention qu'en modifier le montant au cas de convention expresse[1]. Mais, quoi qu'on ait dit, cela n'empêche pas le mandat de substituer et par exemple l'indemnité des dépenses de pouvoir être réclamée dans la procédure ordinaire par l'action *mandati contraria*, en même temps que l'*honos* le sera selon la procédure extraordinaire[2].

II. Effets du mandat. — Le mandat a, comme tout autre contrat, pour seul effet propre de faire naître des obligations entre les parties[3].

1. Le mandataire est obligé à accomplir le mandat et à rendre compte. Il doit d'abord accomplir fidèlement le mandat[4] : ainsi, quand il a été chargé de faire un achat, il est responsable du défaut d'exécution, s'il n'a pas acheté, et il est responsable de la défectuosité ou de l'irrégularité de l'exécution, s'il a mal acheté : il doit alors réparation en tant qu'il y a un préjudice et qu'il a été causé par sa faute qui, dans le système définitif, s'apprécie *in abstracto*[5]. Il est ensuite tenu de rendre compte, de

für Beseler, 1885, pp. 51-78 = *Archivio*, 1886, pp. 116-148 ; *Z. S. St.*, 14, 1893, p. 179.

1. Cf. sur le terme *salarium*, Mommsen, *Dr. publ.*, 1, pp. 343, n. 2. 347, n. 2. Ulpien, *D.*, 50, 13, *De extr. cogn.*, 1, 10-13. Le magistrat indiqué est en général le gouverneur de province : quant à celui qui était compétent à Rome, un seul texte (*D.*, *h. t.*, 1, 14) parle, à côté du gouverneur, du préteur (*praeses vel praetor*). Mais, remarque Pernice, il est douteux qu'il s'agisse là de l'un des deux préteurs ordinaires, urbain et pérégrin, préposés à l'administration de la justice civile, d'abord parce qu'Ulpien ne paraît pas en parler, dans le traité *de omnibus tribunalibus* dont le texte est extrait, ensuite parce que les deux voies de droit distinctes (n. 2) ne seraient guère concevables, si les deux instances dépendaient du même préteur. Il est donc possible qu'il s'agisse plutôt là d'un préteur spécial. M. Kuebler, *Festschrift f. Hirschfeld*, 1903, pp. 59-60, pense même que le texte original aurait parlé des *tribuni plebis* qui paraissent, d'après Juvénal, 7, 228 : *Rara tamen merces quae cognitione tribuni non egeat*, avoir statué à Rome sur les honoraires des maîtres d'école et auxquels il rapporte les livres 8 et 9 du traité d'Ulpien : Lenel, 2289-2295. V. les objections dans Lefèvre, *Rôle des tribuns en procédure civile*, Thèse Paris, 1910, pp. 227-261.

2. Sévère et Caracalla, *C.*, 4, 35, *Mand.*, 1 : *Adversus eum, cujus negotia gesta sunt, de pecunia quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri, de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur*. Cf. aussi sur l'action *mandati directa* en exécution, Ulpien, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 6, *pr.* Nos anciens auteurs n'ont donc pas eu tort de croire que le droit romain avait connu le mandat salarié ; c'est le Code civil, art. 1986, qui a eu tort de le conserver.

3. Nous n'avons pas plus ici qu'en matière de société à nous occuper de la mesure dans laquelle le mandant peut être poursuivi en vertu des contrats du mandataire ou même agir contre les tiers en vertu de ces contrats. C'est une question que nous étudierons dans son ensemble en nous occupant des effets des contrats.

4. Paul, *D.*, 13, 6, *Comm.*, 17, 3 : *Voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare*. Gaius, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 27, 2.

5. Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 23. Dioclétien, *C.*, 4, 35, *Mand.*, 11 ; 13. Mais cf. Modestin, *Coll.*, 10, 2, 3.

remettre au mandant tout ce qu'il a touché pour lui, au cas où il était chargé de recouvrements ; au cas où il était chargé d'un achat, de lui faire passer non seulement la créance de la chose vendue née de la vente, mais l'action née de la stipulation du double[1]. Ces droits du créancier sont garantis par l'action *mandati directa*, qui entraîne l'infamie contre le mandataire au cas de condamnation[2].

2. De son côté, le mandataire aura tant l'action *mandati contraria* qu'une défense contre l'action *mandati directa* pour demander au mandant de l'indemniser des dommages que lui aura causés l'exécution du mandat. Le mandataire rend un service gratuit ; mais il ne doit y perdre que sa peine. S'il a fait des déboursés, il a le droit de demander que le mandant l'en rembourse ; s'il a dû prendre des engagements, promettre un prix de vente, il a le droit de demander que le mandant le dégage de l'obligation ou lui fournisse le moyen d'y faire face[3]. La seule condition de cette créance du mandataire est qu'il se soit conduit conformément à la volonté du mandant ; peu importe que l'opération prescrite par le mandant ne fût pas bonne ; le mandataire n'en était pas juge.

Seulement on peut se demander ce qui arrive quand le mandataire s'est écarté de la volonté du mandant. Il n'y a pas de difficulté, quand l'écart est total, quand il a acheté une maison au lieu d'une autre ; l'opération lui sera laissée pour compte sans préjudice des dommages-intérêts qu'il pourra devoir pour inexécution du mandat[4]. Il n'y a pas non plus de difficulté quand l'écart est partiel, mais que l'opération est divisible, quand, ayant reçu mandat de cautionner pour moitié une dette du mandant, il l'a cautionnée pour le tout : il y a mandat pour une moitié et pas de mandat pour l'autre[5]. Mais la difficulté surgit, quand l'écart est partiel et l'opération indivisible, quand, étant chargé d'acheter une maison pour 100.000 sesterces, le mandataire l'a achetée pour 150.000. Incontestablement le mandataire ne peut pas forcer le mandant à accepter l'opération à ces conditions, fût-elle excellente. Mais on s'est demandé s'il pourrait le forcer à la prendre aux conditions fixées par le mandat, ce qui lui serait avantageux au cas de moins-value de la chose achetée. Les Sabiniens soutenaient la négative. Les Proculiens, dont l'opinion a prévalu, admettaient l'affirmative[6].

1. Mandataire chargé de recouvrements : Paul, *D.*, *h. t.*, 59, *pr.* Mandataire chargé d'acheter : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 10 ; Papinien, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 49, 2.
2. Cicéron, *Pro Rosc. Am.*, 38, 111 : *Si quis rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum majores summum admisisse dedecus existimabant* ; *itaque mandati constitutum est judicium non minus turpe quam furti. Lex Julia*, l. 111 (*Textes*, p. 87 ; cf. le fr. d'Este, *Textes*, p. 79). Gaius, 4, 182.
3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 12, 9. Paul, *D.*, *h. t.*, 45, *pr.*
4. Paul, *D.*, *h. t.*, 5, 1.
5. Julien, *D.*, *h. t.*, 33. Autre interprétation dans Lenel, *Pal.*, Julien, 868.
6. Gaius, 3, 161. *Inst.*, *h. t.*, 8. — Naturellement on ne considère pas comme

III. Extinction du mandat. — Le mandat s'éteint :

1° Par la volonté des deux parties exprimée soit dès le principe (terme), soit après coup (résiliation amiable ; substitution au mandat d'un autre contrat, par exemple d'un *mutuum*).

2° Par la volonté de l'une des parties : de la part du mandant, par la révocation qui empêchera les actions de naître, si elle a lieu avant tout commencement d'exécution, qui, au cas contraire, ne les empêchera pas de subsister pour ce qui a déjà été fait[1] ; de la part du mandataire, par la renonciation, qui seulement ne le délie qu'à condition de ne pas préjudicier au mandant ou d'être justifiée par des motifs graves[2].

3° Par la mort du mandant ou du mandataire. Le mandat est un contrat de confiance personnelle. Seulement les héritiers du mandant sont tenus envers le mandataire des actes faits par celui-ci dans l'ignorance de la mort du mandant[3] et les héritiers du mandataire doivent procéder a sa place aux actes urgents[4]. De plus le mandat *post mortem*, qui était nul, au moins en règle générale[5], avant Justinien, est licite depuis lui (pp. 459.462).

SECTION V. — Contrats innommés.

La théorie des contrats innommés[6] suppose qu'une convention synallagmatique qui n'a pas été rendue obligatoire à l'aide d'un contrat formel et qui ne constitue pas un contrat non formel, consensuel ou réel, a été exécutée par une des parties, que par exemple en vertu d'une con-

s'étant écarté du mandat celui qui, chargé d'acheter pour un prix, a acheté à meilleur marché.

1. *D.*, *h. t.*, 15.
2. *D.*, *h. t.*, 22, 11. Motifs graves, par exemple, maladie : *D.*, *h. t.*, 23-25.
3. Gaius, 3, 160.
4. On le déduit des solutions données pour les héritiers du tuteur (*D.*, 27, 7, *De fidejuss. et nomin.*, 1, *pr.*) et de l'associé (*D.*, 17, 2, *Pro socio*, 40).
5. Gaius, 3. 158. Mais cf. Gaius, 3, 117 ; Gaius, *D.*, *h. t.*, 13 ; Ulpien, *D.*, *h. t.*, 12, 17.
6. *D.*, 19, 5, *De praescriptis verbis et in factum actionibus*. La théorie des contrats innommés a été complètement renouvelée par les progrès faits au cours des vingt-cinq à trente dernières années dans la connaissance de l'édit et des interpolations. Nous citerons seulement dans la littérature antérieure l'ouvrage de M. Accarias, *Théorie des contrats innommés*, 1866, et le compte-rendu développé qui en a été donné par M. Pernice, *K. V. J.*, 10, 1868, pp. 68-123. Les travaux qu'il faut aujourd'hui considérer comme fondamentaux sont ceux de Lenel, *Edictum*, § 112 ; *Z. S. St.*, 9, 1888, pp. 181-182, Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, 1887, pp. 123-169 ; *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 121-125, et Pernice, *Sitzungsberichte* de Berlin, 1883, pp. 440-451 ; *Z. S. St.*, 9, 1888, pp. 248-260 ; *Labeo*, 3, 1, pp. 88-91. 207. 261-263, qui ont depuis été eux-mêmes suivis de nombreuses recherches nouvelles. V. par ex. Naber, *Mnemosyne*, 22, p. 70 et ss., Audibert, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 21-42 ; *Mélanges Fitting*, 1, 1907, pp. 27-58, Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 2, 1908, § 178, Beseler, *Beiträge*, 2, 1911, pp. 156-168 et en dernier lieu, P. de Francisci, *Συναλλαγμα, storia e dottrina sui cosi detti contratti innominati*, 2 vol., Pavie, 1913. 1916.

vention d'échange une personne a donné un bœuf à une autre pour que l'autre lui donnât un cheval.

Pendant fort longtemps, le droit romain refusa d'admettre que celui qui avait fait une prestation pour en recevoir une autre eût le droit d'exiger la contre-prestation, que celui qui avait livré le bœuf pût réclamer le cheval. Tout le droit qu'on lui reconnaissait et qu'on lui a sans doute d'ailleurs reconnu très tôt, dès le temps des Actions de la loi, croyons-nous, c'était le droit de reprendre ce qu'il avait lui-même fourni sans cause, de réclamer son bœuf par une *condictio*, que, dans les classifications postérieures, on appelle la *condictio ob rem dati*, *ob causam datorum*, *causa data causa non secuta*. Cette action, quand elle pouvait s'appliquer, quand la prestation était susceptible de restitution, aboutissait à empêcher l'enrichissement injuste de celui qui avait reçu, à lui enlever le bénéfice qu'il avait fait sans cause. Mais celui qui avait livré n'avait pas d'action en exécution ; car il n'y avait pas de contrat.

Dans le droit de Justinien, il y a ce que les interprètes appellent un contrat innommé, formé *re* par la prestation d'une des parties ; il est sanctionné par une action que les compilateurs appellent l'action *praescriptis verbis* et qui est donnée, suivant une classification faite par le Digeste, que l'on ait procédé soi-même à une translation de propriété ou à un acte pour obtenir de l'autre partie une translation de propriété ou un acte, que la convention synallagmatique rentrât dans la combinaison *do ut des*, dans la combinaison *do ut facias*, dans la combinaison *facio ut des* ou dans la combinaison *facio ut facias*[1].

Il s'agit de savoir comment on en est arrivé là, comment on en est venu à décider que la contre-exécution de toute convention synallagmatique exécutée par une des parties pourrait être exigée par elle à l'aide de cette action.

Le point embarrassant n'est pas dans l'origine de l'action. Elle paraît avoir été inventée par Labéon pour des hypothèses où il y avait contrat, sans qu'on pût dire lequel, sans qu'on pût bien savoir quelle action donner, par exemple pour un cas où l'on ne voyait pas bien si le créancier était un *locator operis faciendi* ayant l'action *locati* ou un *conductor operarum* ayant l'action *conducti*[2]. Afin d'éluder la difficulté, Labéon proposa de faire ce créancier *agere praescriptis verbis* à l'aide d'une for-

1. Paul, *D., h. t.*, 5, *pr.* (Lenel, 1322) : *In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest. Qui in his competit speciebus : aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*. La comparaison avec les contrats nommés les plus voisins, dont on parle beaucoup, est faite dans le même texte suspect de Paul, *D., h. t.*, 5, 4.

2. Papinien, *D., h. t.*, 1, 1 : *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit*. Cf. Ulpien, *D.*, 10, 3, *Comm. div.*, 23, *D., h. t.*, 17, *pr.* ; 19, *pr.*

mule en tête de laquelle on écrivait (*verba praescripta*) un exposé des faits avant l'*intentio* incertaine ordinaire des actions de bonne foi [1] (*quidquid N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona*) [2] et qu'on paraît avoir appelée, à cause de son *intentio*, *actio civilis incerti* [3]. Il n'est pas non plus douteux qu'une fois le procédé inventé pour des conventions qui constituaient un contrat sans qu'on sût lequel, on arriva à l'étendre à des conventions qu'on savait parfaitement ne rentrer dans aucune des catégories de contrats existants (*nova negotia*). Seulement la date et l'histoire de cette extension sont loin d'être toujours conçues de la même façon.

Suivant une doctrine ancienne, directement appuyée sur les textes du Digeste et qui a été longtemps unanime, l'extension se serait, en dépit des résistances des Sabiniens, réalisée intégralement, entre le début et la fin de l'époque classique. Elle a été faite, dit-on, d'abord pour les conventions rentrant dans les combinaisons *do ut des* et *do ut facias* pour lesquelles Aristo décidait, à l'époque de Trajan, que, toutes les fois qu'une partie avait fait une dation en vertu d'une convention synallagmatique, elle avait pour obtenir la contre-prestation l'action *praescriptis verbis* en exécution [4] ; puis, à l'époque des Sévères, pour la combinaison *facio ut facias*, au sujet de laquelle Paul dit positivement que celui qui a accompli un fait en vue d'en obtenir un autre a la même action en exécution [5] ; enfin pour la combinaison *facio ut des*, dans laquelle Paul déclarait à la vérité qu'il n'y avait aucune action civile et ne voyait d'autre ressource que l'action de dol [6], mais où, ajoute-t-on, cette dernière résistance a dû être écartée très peu de temps après lui, selon son contemporain Ulpien et des constitutions impériales presque contemporai-

1. *C.*, 2, 4, *De transact.*, 6, 1 : *Utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat.*

2. Neratius, *D.*, *h. t.*, 6 : *Civili intentione incerti agendum est.*

3. On trouve aussi le nom d'*actio civilis in factum* qui se réfèrerait à la fois à l'exposé des faits et à l'*intentio* dans *D.*, *h. t.*, 1, 1 (p. 598, n. 2), 1, 2 et 5, 2 (p. 600, n. 4) ; mais M. Audibert a, je crois, établi dans les *Mélanges Fitting*, qu'il est interpolé. V. déjà dans ce sens Pokrowski, *Z. S. St.*, 16, 1895, p. 80 et ss. Le nom d'*actio civilis incerti*, *D.*, *h. t.*, 16, *pr.* (p. 601, n. 4) ; *D.*, 10, 3, *Comm. div.*, 23 ; *D.*, 2, 14, *De pactis*, 7, 2 (n. 4), paraît plus sûr quoique certains des textes où il se trouve aient pu être suspectés.

4. *D.*, 2, 14, *De pactis*, 7, 2 : *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias : hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc : dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas ; manumisisti ; evictus est Stichus. Julianus scribit in factum actionem a praetore dandam, ille ait civilem incerti actionem id est praescriptis verbis sufficere.* On remarquera qu'en tout cas, c'est par le contemporain d'Antonin le Pieux, Mauricianus (Krueger, *Sources*, p. 239), et non par Aristo, que l'action est donnée expressément.

5. Paul, *D.*, *h. t.*, 5, 5 (Lenel, 1322, n. 6).

6. Paul, *D.*, *h. t.*, 5, 3 : *Quod si faciam ut des et posteaquam feci cessas dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur.*

nes[1]. Et en conséquence, toutes les combinaisons se seraient trouvées, dès avant la fin de l'époque classique, uniformément sanctionnées par cette action en exécution.

Mais, on peut, croyons-nous, considérer aujourd'hui comme établi que le système des contrats innommés ne date, dans cette forme et avec cette portée générale, que de Justinien qui a, pour le constituer, composé de matériaux très disparates le titre du Digeste relatif à la matière et fortement interpolé le texte où se trouve décrit le développement historique communément admis[2]. Dans le développement historique réel, les *nova negotia* paraissent avoir d'abord été surtout protégés empiriquement à l'aide d'actions prétoriennes *in factum*[3] dont la concession est conseillée au magistrat, particulièrement par des Sabiniens tels que Javolenus, Julien et Gaius[4], mais aussi par des jurisconsultes plus anciens, ainsi par Alfenus Varus[5], peut-être aussi par Proculus[6], et encore dans certains cas par Papinien[7] et Ulpien[8].

Quant au droit d'*agere praescriptis verbis* selon le procédé indiqué par Labéon, il a bien été utilisé dans certains cas par certains juriscon-

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 15. Alexandre Sévère, *C.*, 2, 4, *De transact.*, 6 (interpolée : p. 607, n. 7).

2. V., sur le premier point, Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 124, et surtout A. Pernice, *Z. S. St.*, 9, 1888, pp. 253. 254. Quant au second, l'interpolation du texte fondamental de Paul, *D.*, *h. t.*, 5 (Lenel, 1322), ne paraît désormais pouvoir prêter à controverse qu'au point de vue de sa plus ou moins grande largeur (Lenel, *loc. cit.*, Gradenwitz, *Interpolationen*, pp. 131-135). Les remaniements se sont certainement étendus aux deux courts titres (*D.*, 19, 3, *De aestimatoria* ; 19, 4, *De rerum permutatione*) qui précèdent.

3. Papinien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Nonnumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur*. M. Pernice fait remarquer et Pomponius disait peut-être déjà, *D.*, *h. t.*, 11, qu'il y a dans ces actions *in factum* complétant le système des contrats un développement symétrique à celui des actions *in factum* complétant celui des délits, en particulier en matière de *damnum injuria datum* (p. 423).

4. Javolenus, *D.*, *h. t.*, 10 ; Julien, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 7, 2 (p. 599, n. 4), d'où il résulte que l'attribution de l'action civile à Julien dans le même cas, *D.*, *h. t.*, 5, 2, est une interpolation, *D.*, *h. t.*, 13, 1 (p. 601, n. 4) ; cf. Africain citant Julien, *D.*, *h. t.*, 24 (p. 601, n. 4) ; Gaius, *D.*, *h. t.*, 22 (p. 601, n. 4). Ces actions *in factum,* dont la portée est obscurcie dans les compilations, ont probablement eu, dans la doctrine sabinienne, beaucoup plus d'importance que les tentatives infiniment plus connues faites pour étendre dans certains cas les actions nées des contrats nommés (échange, p. 551 ; vente sous condition résolutoire, etc.).

5. Alfenus, *D.*, *h. t.*, 23 (cf. Pernice, *Labeo*, 2, p. 407, n. 51).

6. Proculus, *D.*, *h. t.*, 12 : *In factum existimo judicium esse reddendum.*

7. Papinien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.*, (n. 3). Les compilateurs ont nécessairement remanié la suite du texte ; car il continue en donnant des exemples d'action *civilis in factum* (p. 598, n. 2).

8. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 13, *pr. D.*, 13,6, *Commod.*, 5, 12. Paul, 19,4, *D.*, *De rer. perm.*, 1, 1 : *Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur*, reproduit, en matière d'échange, une solution de ce genre donnée par un auteur plus ancien (Julien, pense Pernice, *Z. S. St.*, p. 255, n. 4).

sultes pour sanctionner les nouveaux contrats ; mais cela ne s'est fait ni avec toute l'étendue ni dans l'ordre méthodique auxquels feraient croire les compilations de Justinien. D'un côté, la première opération sanctionnée par l'action *civilis incerti*, celle qui figure dans l'édit de Julien comme type et qui était la seule ou la principale à l'époque de sa confection, est un contrat innommé qui ne rentre ni dans la combinaison *do ut des*, ni dans la combinaison *do ut facias*, le contrat estimatoire, où un individu remet une chose à un autre sans l'en rendre propriétaire pour qu'il lui rende soit cette chose, soit une somme convenue [1]. D'autre part, on a bien pu admettre, au cours des temps, l'application de cette action civile à côté du cas d'*aestimatum*, au cas d'échange et dans beaucoup d'autres [2]. Mais c'est seulement Justinien qui a posé la règle générale donnant partout l'action *praescriptis verbis*, qu'il est peut-être le premier à appeler de ce nom [3] et dont par suite il a ajouté la mention dans beaucoup d'endroits de ses compilations, non seulement dans des textes qui l'appelaient auparavant *actio civilis incerti*, mais dans des textes qui parlaient d'autres actions, ainsi des actions *in factum* accordées par Julien et d'autres [4].

1. V. Lenel, *Edictum*, § 112. Pernice, *Z. S. St.*, p. 259. S'il y avait eu par exemple dans l'édit une formule de l'action donnée au cas d'échange, la controverse sur le point de savoir si l'échange rentrait dans la vente eût été tranché e dès lors, au lieu d'être encore agitée du temps de Gaius, 3, 141, et même de Paul *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 1, 1 (p. 551, n. 6). L'action a donc été donnée au cas d'*aestimatum* avant de l'être au cas d'échange, peut-être d'ailleurs parce que la transition entre la fonction ancienne et la fonction nouvelle était ménagée là par le caractère ambigu de l'opération.

2. En laissant de côté les vestiges au reste assez clairsemés d'applications contractuelles antérieures de l'action, les jurisconsultes de l'époque des Sévères admettent le droit d'*agere praescriptis verbis*, non seulement au cas d'échange, mais dans d'autres hypothèses rentrant dans les combinaisons *do ut facias* (Papinien, *D.*, *h. t.*, 7), *facio ut facias* (Papinien, *D.*, *h. t.*, 9 ; Marcien, *D.*, *h. t.*, 25), *facio ut des* (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 15) et souvent en invoquant l'idée de convention synallagmatique dégagée par Aristo (Papinien, *D.*, *h. t.*, 8 ; Ulpien, *D.*, *h. t.*, 15 ; Marcien, *D.*, *h. t.*, 25). Seulement il est impossible d'admettre que le droit universel d'*agere praescriptis verbis* en vertu de la convention synallagmatique exécutée d'un côté ait été admis par eux comme règle générale, d'abord parce que, pour plusieurs opérations rentrant dans le schéma attribué à Paul, l'introduction postérieure du droit d'agir est prouvée par des interpolations avérées (précaire, transaction, peut-être restitution de dot : pp. 606. 607) ; ensuite parce que pour plusieurs autres cas ces jurisconsultes donnaient encore des actions prétoriennes *in factum* qui n'ont été fondues avec l'action *praescriptis verbis* que par Justinien.

3. M. Gradenwitz a soutenu que cette expression de latinité médiocre a été insérée dans les textes par Justinien avant lequel les jurisconsultes auraient parlé seulement et correctement d'*agere praescriptis verbis* (v. par exemple, *D.*, *h. t.*, 7 ; 19, *pr.* ; 25). Les objections de M. Naber, *Mnemosyne*, 22, p. 70 et ss., qui ont convaincu M. Lenel, *Edictum*, p. 292, n. 1 (*Edit*, 2, p. 187, n. 1) ont été combattues par M. Audibert, *Mélanges Gérardin*, pp. 29-36.

4. Il n'a fait qu'un changement de langue dans ceux qui parlaient d'*actio civilis incerti* (par exemple, *D.*, 2. 14, *De pact.*, 7, 2, p. 599, n. 4) ; mais il a fait un remaniement de droit dans ceux qui parlaient d'une action prétorienne *in factum*

Cette orientation générale donnée, nous indiquerons quelles sont, dans le plein achèvement du système, les conditions de formation des contrats innommés, les actions qu'ils font naître et les variétés les plus saillantes de ces contrats.

I. Éléments essentiels. — Indépendamment des conditions de validité de tous les contrats : consentement de parties capables, objet certain, cause licite, il faut, pour que le contrat innommé se forme et devienne civilement obligatoire, pour que l'action en exécution puisse naître : 1° une convention synallagmatique : il n'y a pas de contrat innommé, si on n'a pas convenu d'une prestation réciproque, si la prestation convenue l'est seulement à la charge de l'une des parties [1] ; 2° l'exécution par l'une des parties de sa prestation ; en sorte qu'à la différence de ce qui a lieu dans les contrats consensuels, chacune des parties peut empêcher le contrat de se former, se dédire impunément de la convention en ne faisant pas sa prestation et en refusant celle de l'autre, en sorte aussi que le contrat ne sera pas formé quand cette prestation n'aura pas été régulièrement accomplie et par conséquent n'aura pas été accomplie en droit, ainsi, dans la convention d'échange, quand celui qui aura livré la chose n'aura pas rendu celui qui l'aura reçue propriétaire [2].

II. Effets du contrat. — L'effet essentiel du contrat innommé comme de tous les contrats est de faire naître une action personnelle en exécution. Celui qui a exécuté sa prestation demandera l'exécution de la contre-prestation par l'action civile que sous Justinien tout au moins l'on appelle *praescriptis verbis*, qu'on appelait auparavant *civilis incerti*, *civilis in factum*, mais à côté de laquelle il garde, avec quelques modifications, la *condictio ob rem dati* pour reprendre sa propre prestation et il a même parfois pour la même fin une troisième action, la *condictio ex poenitentia* des interprètes.

1° Il peut d'abord *agere praescriptis verbis* par l'action *civilis in factum*. A l'époque de la procédure formulaire, cette action commencera, comme dans sa fonction première, par une clause, indiquant l'opération accomplie, pour laquelle on discute si c'est une *praescriptio* ou une *de-*

et qu'il a ainsi reportés à une action civile (Julien, *D.*, *h. t.*, 13, 1 : *In factum putat actionem Julianus dandam, id est praescriptis verbis* ; Africain, *D.*, *h. t.*, 24 : *Tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari* ; Gaius, *D.*, *h. t.*, 22 : *In factum dandum esse judicium, id est praescriptis verbis*. V. sur ces additions multiples de la mention de l'action *praescriptis verbis*, Gradenwitz, *Interpolationen*, pp. 127-145. C'est seulement par suite d'une addition de ce genre que le Sabinien Pomponius est représenté comme donnant l'action *praescriptis verbis*, *D.*, *h. t.*, 26, *pr.* (Lenel, 684 ; cf. Gradenwitz, p. 143 ; Pernice, *Labeo*, 3, p. 221, n. 3) et cela porterait à se demander s'il n'en est pas de même de trois autres textes où on lui en attribue la concession, *D.*, *h. t.*, 16, *pr.* ; *D.*, 4, 3, *De d. m.*, 9, 3 (Lenel, 46) et *D.*, 10, 2, *F. E.*, 18, 2.

1. *D.*, *h. t.*, 16, 1.

2. *D.*, 19, 4, *De rer. permut.*, 1, 3.

monstratio[1] et qui portera par exemple pour le cas de contrat estimatoire : *quod A. Agerius N. Negidio mensam argenteam aestimatam vendendam dedit*, pour le cas d'échange : *quod, A. Agerius N. Negidio bovem dedit ut N. Negidius A. Agerio equum daret* ; puis elle continuera par une *intentio*, qui est *in jus*, et qui est en outre à notre avis toujours de bonne foi[2] *quidquid A. Agerius N. Negidio dare facere oportet ex fide bona*, où par conséquent le juge pourra tenir compte du dol, sous-entendre les clauses de style, etc. ; enfin elle se terminera par la *condemnatio* prescrivant au juge de condamner à des dommages-intérêts égaux à la valeur de la contre-prestation convenue, au cas d'échange, à la valeur du cheval : *quanti ea res erit, condemna*. Et, sous la procédure extraordinaire, elle a gardé les mêmes caractères de fond.

2° En outre il aura parfois la *condictio ob rem dati*, qui diffère de la précédente en ce qu'elle est de droit strict et non de bonne foi et en ce qu'elle tend à demander la restitution de la prestation faite sans cause et non la contre-prestation convenue, la restitution du bœuf et non la remise du cheval. C'est une action étrangère à l'idée de contrat, fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause, que le copactisant avait avant la reconnaissance du contrat. Par suite, elle peut exister même quand les conditions du contrat ne sont pas réunies, par exemple quand il n'y a pas eu de contrat d'échange de formé parce que celui qui a reçu le bœuf n'en a pas été rendu propriétaire, mais qu'il y a cependant eu remise matérielle d'une valeur dont on peut réclamer la restitution. A l'inverse, elle peut ne pas exister, quand les conditions du contrat sont réunies et que par suite l'action en exécution existe, lorsque la prestation qui a été accomplie n'est pas susceptible de restitution, que c'est un service matériel, par exemple celui du dégraisseur qui a nettoyé un vêtement pour un salaire à fixer plus tard[3]. Mais les conditions de cette action peu-

1. V. à ce sujet Lenel, *Edictum*, p. 292 (*Edit*, 2, p. 18). La clause est désignée du nom de *demonstratio* par Stephane, Basiliques, 11, 1, 7.

2. L'*intentio* est *in jus*, d'après Neratius, *D.*, *h. t.*, 6 (p. 599, n. 2). On a douté qu'elle fût toujours de bonne foi, parce que Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 28, le dit seulement pour les cas de contrat estimatoire et d'échange (*praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit*). Mais sa façon de parler se conçoit très bien depuis que l'on sait que le cas de l'*aestimatum* était celui dont la formule se trouvait dans l'édit (*proponitur*) et auquel il aura ajouté celui d'échange comme le plus important. De plus la diversité de nature de l'action ne concorderait pas avec l'unité qu'il a voulu lui donner et la manière dont en parlent certains textes qui viennent de lui (*D.*, 43, 26, *De prec.*, 2, 3 : p. 608, n. 1). Pour l'époque antérieure, on pourrait à la rigueur concevoir que l'action eût été tantôt de bonne foi et tantôt de droit strict, mais nous ne croyons pas qu'il y en ait d'indice.

3. Marcien, *D.*, *h. t.*, 25, l'exclut d'une manière générale pour la répétition d'un fait. Mais d'autres textes font des restrictions et on paraît avoir fini par donner une *condictio*, au moins quand un enrichissement a été fourni à l'autre partie (*D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12).

vent être réunies en même temps que celles du contrat, quand la prestation a été régulièrement faite et qu'elle est susceptible de restitution. Alors, à la différence de la partie du contrat consensuel qui a exécuté et qui, sauf convention contraire, ne peut demander que la contre-exécution, ne peut demander la résolution du contrat, la partie du contrat innommé, le copermutant, qui a exécuté, peut à son gré demander la contre-prestation, le cheval, par une des actions, ou la restitution de sa prestation, le bœuf, par l'autre. C'est une singularité qui n'est pas injustifiable rationnellement[1], mais qui s'explique historiquement par l'idée qu'il n'a d'abord eu que la *condictio* et que l'autre action est venue ensuite s'y juxtaposer sans la supprimer, ni d'ailleurs naturellement se cumuler avec elle.

On peut seulement se demander si la reconnaissance du contrat, qui n'empêche pas la *condictio* de subsister, n'a pas eu une influence sur ses conditions d'exercice. Anciennement, puisqu'elle était fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause et non sur celle de contrat, elle devait pouvoir être intentée même quand l'autre partie n'était pas en faute de n'avoir pas fait sa prestation, ainsi quand cette contre-prestation était devenue impossible, devait porter sur un corps certain qui avait péri. On pouvait, au cas d'échange, réclamer le bœuf par la *condictio*, quoique le cheval eût péri. Depuis la reconnaissance du contrat, on ne pourrait *agere praescriptis verbis* en exécution après la mort du cheval. Pourra-t-on néanmoins intenter la *condictio ?* Les textes ne sont pas parfaitement d'accord. Le Digeste en contient encore quelques-uns qui procèdent de l'ancien point de vue étranger à l'idée de contrat[2]; mais il y en a d'autres[3] qui prouvent que, soit dès l'époque classique, soit au moins au temps de Justinien[4], la *condictio* a été solidarisée avec l'action *praescrip-*

1. Le coéchangiste est, dit-on, plus digne d'intérêt que le vendeur, parce qu'il n'a pu former le contrat qu'en se découvrant, en se dépouillant de sa chose.

2. Celse, *D.*, 12, 4, *De cond. c. d.*, 16 (Lenel, 73) : *Dedi tibi pecuniam* (P. Krueger : *rem* ; v. p. 561, n. 2), *ut mihi Stichum dares... Et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* M. Pernice signale comme appliquant les mêmes principes au cas où on a donné quelque chose pour qu'un esclave fût affranchi dans un certain délai et où il est mort après ce délai sans avoir été affranchi, Ulpien citant Proculus, *D.*, 12, 4, *De cond. c. d.*, 3, 3 (Lenel, 772) et Julien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 19, *pr.*

3. Dioclétien, *C.*, 4, 6, *De cond. c. d.*, 10 : *Pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est, minime repeti posse certum est.* Paul, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 5, 1, *in fine* : *Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes.* Ulpien, *D.*, 12, 4, *De cond. c. d.*, 5, 4, subordonne également à l'idée de retard l'obligation de restituer de celui qui a reçu quelque chose pour affranchir un esclave. V. pour le cas voisin d'un voyage, Ulpien, *D.*, 12, 4, *De cond. c. d.*, 5, *pr.*

4. Pour l'époque de Justinien, si les textes sont interpolés, pour celle des jurisconsultes classiques, s'ils sont sincères. M. Pernice, *Labeo*, 3, 1, pp. 302-307, soutient la première idée en considérant comme interpolés la const. de Dioclétien, qui présente en effet des particularités suspectes (*Labeo*, 3, 1, p. 304, n. 2),

tis verbis, a été soumise aux mêmes conditions, s'est transformée d'action en restitution indépendante en une action en résolution qui n'existe que lorsqu'existe l'action en exécution.

3° Enfin il faut citer une troisième action, la *condictio propter poenitentiam* qui est représentée par les textes comme existant dans certains cas pour réclamer la prestation déjà faite en dehors de tout retard dans l'exécution de la contre-prestation convenue [1]. D'après une doctrine qui n'a jamais été très répandue en France, il n'y aurait là que des applications du droit commun de la *condictio ob rem dati*, qui n'aurait pas été restreinte dans ses conditions d'exercice par l'influence de l'action *praescriptis verbis*, qui aurait toujours continué à exister en dehors de toute condition de retard ou de faute de l'autre partie. D'après une autre doctrine qui a longtemps dominé chez nous, ce serait une application restreinte aux contrats innommés analogues au mandat, du droit de révocation du mandant. Il paraît aujourd'hui établi que cette institution est une création de Justinien opérée par voie d'interpolation de textes antérieurement relatifs à la fiducie pour la plupart [2]. Mais cela laisse subsister la question de son étendue d'application ; nous croyons qu'elle doit être restreinte aux hypothèses visées par ces textes, c'est-à-dire principalement au cas de transfert de propriété d'un esclave fait pour

le texte de Paul, *D.*, *h. t.*, 5, 1 (cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 132 et ss.) et celui d'Ulpien, *D.*, 12, 4, *De cond. c. d.*, 5, 4 (cf. encore Gradenwitz, p. 167), et en rapportant le fr. 5, *pr.*, du même à un ordre d'idées spécial. V. en sens contraire, Hugo Krueger, Z. de Grünhut, 22, 1895, pp. 321-325.

1. Ulpien, *D.*, 12, 4, *De cond. c. d.*, 5, *pr.* (Lenel, 43) ; 3, 2, 3 (Lenel, 772). V. par ex. *D.*, *h. t.*, 3, 2 : *Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, aut si me poeniteat, condicere possum.* 3 : *Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas ? Si nondum tempus praeterierit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat : quod si praeteriit, condici poterit.* L'autre texte, beaucoup plus long, s'occupe d'argent remis à quelqu'un pour qu'il fasse un voyage et d'esclave remis à un tiers pour qu'il l'affranchisse.

2. L'interpolation, qui avait déjà été soutenue par le président Favre et par M. Mann, *Das Poenitenzrecht*, 1879, a été démontrée d'une manière plus complète par M. Gradenwitz, *Interpolationen*, pp. 146-179, dont les conclusions ont notamment été adoptées par M. Lenel, *Z. S. St.*, 9, 1888, pp. 181-182, et par M. Pernice, *Labeo*, 3, 1, pp. 261-263. Ainsi que l'a particulièrement relevé M. Lenel, elle a sans doute été provoquée par la préoccupation de maintenir, au cas d'aliénation d'esclaves à charge de les affranchir, le droit de révocation qui résultait des règles de la fiducie (p. 532, n. 4) et qu'on ne voulait pas laisser disparaître avec ce contrat. C'est ce qui a fait introduire une *condictio* pour obtenir les mêmes résultats dans *D.*, 12, 4, *De cond. c. d.*, 5, 1 (cf. Gaius, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 17, 1 : Lenel, 232 ; Julien, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 30 : Lenel, 218 ; Ulpien, *D.*, 39. 5, *De Don.*, 18, 1 : Lenel, 1606) ; puis on l'a étendue aux cas voisins, mais de type différent, où l'on a remis quelque chose pour qu'un esclave soit acheté et affranchi (*D.*, *h. t.*, 5, 2) ou simplement soit affranchi (*D.*, *h. t.*, 3, 2. 3) et où les additions : *aut si me poenitat condicere possum, nisi poeniteat* se distinguent encore clairement par la gaucherie avec laquelle elles interrompent l'exposition, et enfin à celui encore plus éloigné visé *D.*, *h. t.*, 5, *pr.* Cf. en sens contraire, Bekker, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 116-119, Karlowa, *R. R. G.*, 2, 2, pp. 771-772 et la réplique de Gradenwitz, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 121-125.

qu'on l'affranchisse, et aussi à celui d'argent remis à une personne pour qu'elle accomplisse un voyage.

III. Principaux contrats innommés. —Dans le système définitif exprimé par les compilations de Justinien, toutes les conventions synallagmatiques exécutées par une des parties, qui ne sont obligatoires ni comme contrats réels ni comme contrats consensuels, sont uniformément sanctionnées, en qualité de contrats innommés, par l'action *praescriptis verbis* et c'est moins un intérêt de doctrine juridique qu'un intérêt de curiosité de fait qu'on peut trouver à relever les principaux exemples concrets de conventions rendues obligatoires par ce procédé qui figurent dans les sources. Nous citerons seulement le contrat estimatoire, l'échange, le partage, la convention de restitution de dot, la donation *sub modo*, la transaction et le précaire.

1. L'*aestimatum*[1], le contrat estimatoire est le contrat innommé que l'édit a pris pour type, celui qu'il donne comme exemple du droit d'*agere praescriptis verbis* et par conséquent probablement celui qui a été reconnu le premier. Le propriétaire d'une marchandise, un négociant en gros, la remet à un individu, petit détaillant, marchand des rues, sans l'en rendre propriétaire, avec estimation, pour être créancier de l'estimation si la chose est vendue, ou, sinon, de la restitution. On hésitait pour savoir si cette convention constituait une vente, un louage ou un mandat[2]. On s'est tiré d'affaire en donnant l'action *civilis in factum*, qui apparaît donc là dans la fonction primitive pour laquelle elle fut inventée en même temps qu'elle sanctionne comme premier contrat innommé une convention qui, la propriété n'étant pas transférée[3], ne rentre ni dans la combinaison *do ut des*, ni dans la combinaison *do ut facias*. La seule difficulté, sur laquelle il existe une antinomie dans les textes, est de savoir si la chose est aux risques de l'*accipiens* ou du *tradens*[4].

2. L'échange (*permutatio*)[5], seul nommé par les Institutes à côté de l'*aestimatum*, est le plus important des contrats innommés, le type des contrats *do ut des*, le type aussi des contrats innommés voisins du contrat consensuel de vente, avec lequel les Sabiniens voulaient le confondre ; il en diffère, dans la doctrine qui a prévalu, en ce que les deux parties s'y engagent à *dare* ; en ce qu'il se forme *re* ; en ce que celui qui l'a formé par sa prestation a non seulement une action en exécution,

1. *D.*, 19. 3, *De aestimatoria*. Cf. Lenel, *Edictum*, § 112. Thaller, *Mélange Appleton*, 1903, pp. 639-655.
2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* (Lenel, 953).
3. Ulpien, *D.*, 14, 4, *De trib. act.*, 5, 18.
4. V. en sens opposés, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 1, d'une part, et, de l'autre, Ulpien, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 17, 1 ; Paul, *Sent.*, 2, 4, 4.
5. *D.*, 19, 4, *De rerum permutatione*.

mais une action en résolution ; enfin en ce qu'il n'est pas rescindable pour lésion [1].

3. Le partage (*divisio*) [2], très voisin de l'échange, en diffère par des caractères plutôt de fait que de droit. Ainsi l'échange est un acte volontaire, le partage un acte nécessaire ; l'échange porte ordinairement sur des choses dont chaque partie a la propriété exclusive, le partage toujours sur des choses communes ; enfin on soutient parfois que le partage est rescindable pour lésion [3].

4. La donation *sub modo*, dans laquelle le donataire a reçu quelque chose à charge de fournir une prestation au donateur, fait naître, au profit de celui-ci, une *condictio* en résolution et, a-t-on fini par admettre, une action en exécution [4].

5. La constitution de dot faite par voie de translation de propriété avec convention de restitution soit à la dissolution du mariage, soit à un autre moment, s'est peut-être réalisée anciennement par voie d'aliénation fiduciaire. Les compilations de Justinien la représentent comme faisant naître une action *praescriptis verbis* [5], à côté de laquelle il existe même logiquement une *condictio ob causam* [6], ayant le même objet, mais différant de l'action *praescriptis verbis* par son caractère de droit strict.

6. La transaction, par laquelle une personne renonçait à un droit contesté moyennant la promesse d'un équivalent, était ordinairement rendue obligatoire par un contrat verbal ; c'est aussi, au moins sous Justinien, un contrat innommé où, en faisant l'abandon de sa créance, la partie acquiert l'action *praescriptis verbis* [7].

1. Il ne faudrait pas ajouter qu'il n'y a d'obligations que du côté de l'*accipiens* ; car, même en laissant de côté la garantie d'éviction qui prête à difficulté, le *tradens* et l'*accipiens* sont tous deux tenus à la garantie des vices (*D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, 19, 5).

2. Hermogénien, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 45 (Lenel, 31), à la vérité considéré comme interpolé par Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 89, n. 7.

3. Cette opinion s'appuie sur une constitution de Dioclétien, *C.*, 3, 38, *Comm. utr. jud.*, 3, ou mieux. *Consult.*, 2, 6. Cependant le texte, dans la rédaction du *C.*, déclare ne faire qu'appliquer les principes généraux des *judicia bonae fidei*.

4. *Condictio* : Valérien et Gallien, *C.*, 8, 54 (55), *De don. quae sub modo*, 1. Action *praescriptis verbis* : Dioclétien, 8, 53 (54), *De don.*, 9 ; 22, 1.

5. Justinien, *C.*, 5, 13, *De rei ux. act.*, 1, 13, en affirme l'existence ; nous avons déjà vu (p. 532, n. 2) que Maximin, *C.*, 5, 12, *De J. D.*, 6, parlait peut-être originairement de l'action *fiduciae*.

6. Alexandre Sévère, *C.*, 2, 3, *De pact.*, 10. Cf. cependant Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 278.

7. C'est une opération rentrant dans la combinaison *facio ut des* que de nombreux textes supposent n'être obligatoire qu'en vertu d'un contrat verbal (Paul, *Sent.*, 1, 1, 3). Mais une constitution d'Alexandre Sévère de 230 donne l'action *praescriptis verbis* (*C.*, 2, 4, *De transact.*, 6). M. Accarias, 2, p. 411, en conclut à un changement de jurisprudence opéré entre 226 et 236. Nous croyons plutôt avec M. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 91, n. 4, que les compilateurs ont inséré l'action *praescriptis verbis* dans ce texte, comme ils l'ont certainement fait dans une autre constitution, relative au même ordre d'idées, C., 2, 3, *De pact.*, 7, où son absence originaire est attestée par le *C. Greg.*, 1, 1, 1.

7. La convention de précaire, concession de la possession d'une chose faite par un individu à un autre qui doit la rendre à première réquisition et qui fut sanctionnée d'abord par l'interdit *de precario*, est, dans le droit de Justinien, un contrat innommé *facio ut facias* sanctionné par l'action *praescriptis verbis* [1]. Mais c'est là précisément un des exemples pour lesquels on peut le mieux constater que l'innovation vient de Justinien, démontrer le plus clairement qu'il a placé sous l'autorité des anciens jurisconsultes la généralisation de l'action *praescriptis verbis* opérée seulement par lui [2].

SECTION IV. — **Pacte munis d'action.**

Les pactes qui, sans porter le nom de contrats, ont été progressivement reconnus comme générateurs d'actions personnelles, sont : d'abord, dans une mesure à déterminer, les pactes adjoints aux contrats, puis les pactes prétoriens et les pactes légitimes.

§ 1. — Pactes adjoints.

Les pactes adjoints (*pacta adjecta*) ont pour caractère de ne pas être des arrangements principaux, indépendants, d'être au contraire des conventions conclues par les parties pour modifier un arrangement principal duquel ils sont les satellites, les accessoires et auquel ils peuvent être adjoints soit *in continenti*, au moment même de sa conclusion, soit *ex intervallo*, un certain temps après, soit *ad augendam obligationem* (convention d'intérêts : convention que le vendeur devra fournir des cautions de la promesse du double en matière de vente), soit *ad minuendam obligationem* (établissement d'une *facultas solutionis* ; concession au débiteur du droit de fractionner le paiement ; dispense pour le vendeur de la promesse du double).

1. Ulpien, *D.*, 43, 26, *De prec.*, 2, 2 (Lenel, 1605) : *Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione quae ex bona fide oritur*. Julien, *D.*, *h. t.*, 19, 2 : *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis*. Cf. encore Paul, *Sent.*, 5, 6, 10.

2. Non seulement l'action *praescriptis verbis* ne pouvait être donnée là par Julien qui ne la donnait probablement nulle part, qui donnait au lieu d'elle des actions *in factum* (p. 600, n. 4) ; mais elle ne pouvait être donnée par Ulpien ; car il dit positivement, *D.*, 47, 2, *De furtis*, 14, 11, que le précaire ne fait naître aucune action civile. Elle a été intercalée dans les deux textes par les compilateurs et on voit même très bien comment ils ont procédé. Julien, *D.*, *h. t.*, 19, 2, donnait au concédant à précaire une *condictio* en restitution de la possession qu'il retenait sans cause (*condictio possessionis*, cf. par ex. Windscheid, 1, § 161) : les compilateurs ont fait de cela un cas d'action *praescriptis verbis* en ajoutant à la fin de la phrase leur éternel *id est praescriptis verbis*, puis ils ont transporté la règle ainsi obtenue à la queue du texte d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, en y effaçant la mention de la *condictio* et en ajoutant les mots *quae ex bona fide oritur*. Cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, pp. 128-130.

L'effet de ces conventions accessoires n'a pas toujours été le même. Il a eu une histoire qui rappelle un peu celles des conventions principales.

A l'origine, le pacte accessoire est par lui-même dénué d'effet comme le pacte principal. Si on veut *augere obligationem*, il faut rendre le pacte adjoint obligatoire par le même procédé que le pacte principal, stipuler à la fois le capital et les intérêts (*sortem et usuras*), quand le pacte est fait *in continenti*, stipuler les intérêts après le capital, quand il est fait *ex intervallo*. Si on veut *minuere obligationem*, établir une *facultas solutionis*, échelonner les paiements, il faut également le mettre dans le contrat, quand le pacte est fait *in continenti* ; il faut abolir le premier contrat et en faire un nouveau, quand le pacte est fait *ex intervallo*. Ce sont là des conséquences forcées du système primitif, notamment du système des Actions de la loi, où le simple pacte ne peut ni faire naître une action, qui ne pourrait être créée que par un contrat, ni faire naître une exception, qui est inconnue.

La situation a changé avec l'introduction de la procédure formulaire soit pour les pactes *ad minuendam obligationem*, soit même pour les pactes *ad augendam obligationem*.

1. Pactes *ad minuendam obligationem*. Le préteur, par une disposition de l'édit antérieure à la fin du VII[e] siècle [1], donne l'exception *pacti* à quiconque est poursuivi au mépris d'une convention qui a éteint ou diminué son obligation [2]. Cela suffisait à sanctionner tous les pactes minutoires, qu'ils fussent adjoints *in continenti* ou *ex intervallo*, à des contrats de bonne foi ou de droit strict. Mais on a fait encore plus pour les pactes adjoints *in continenti* et pour ceux adjoints à des contrats de bonne foi.

a) Dans les contrats de bonne foi, on admet d'ordinaire que les exceptions fondées sur l'équité sont sous-entendues et il en est, en tout cas, ainsi de l'exception *pacti* [3]. Il n'y aura donc même pas besoin de faire insérer l'exception.

b) Que le contrat soit de bonne foi ou de droit strict, la doctrine a

1. Elle paraît déjà connue de l'auteur de la *Rhet. ad Her.*, 2, 13, 20, qui écrit entre l'an 668 et l'an 672 (Schanz, *Gesch. d. röm. Litt.*, 1, 2, 3[e] éd., 1909, pp. 466-467).

2. Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 7, 7 : *Ait praetor* : '*Pacta conventa quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo*'. Formule de l'exception *pacti* : Gaius, 4, 119 ; cf. Gaius, 4, 122.

3. Julien chez Paul, *D.*, 18, 5, *De resc. vend.*, 3 : *Bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt*. Cf. Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 7, 5. Mais, quand le pacte est adjoint *ex intervallo*, il n'y a qu'une exception sous-entendue, il n'y a pas inexistence de l'obligation, comme au cas de pacte minutoire adjoint *in continenti*, montre Paul, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 27, 2.

admis que le pacte adjoint au contrat *in continenti* s'y incorpore pour diminuer l'obligation dès le principe. Cela a d'abord été reconnu pour les contrats de bonne foi[1], mais cela a fini par l'être pour les contrats de droit strict[2].

2. Pactes *ad augendam obligationem*. Le progrès a été pour eux moins large. Il faut distinguer s'ils sont adjoints *in continenti* ou *ex intervallo*.

a) Quand ils sont adjoints au contrat *in continenti*, la différence n'est pas très grande. Ils s'incorporent sans difficulté aux contrats de bonne foi[3], et on a peut-être fini par admettre qu'ils s'incorporeraient aux contrats de droit strict[4], à moins d'être des conventions d'intérêts ou des conventions analogues se rapportant à des prêts d'argent[5] : sous cette réserve, ils sont garantis par l'action même du contrat. Ils constituent donc un nouveau cas de convention munie d'action.

b) Au contraire ils restent sans effet, quand ils sont joints au contrat

1. Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 7, 5 (n. 3). La règle est déjà admise au temps de Ser. Sulpicius (n. 3).

2. C'est, en matière de stipulation, la solution que Paul rapporte dans la célèbre loi *Lecta*, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 40, comme ayant été appliquée, sur sa proposition, par le préfet du prétoire Papinien, dont il était l'assesseur, à un pacte de fractionnement de paiement. Il n'est pas prouvé qu'Ulpien ait été du même avis. Mais un autre texte de Paul, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 4, 3, paraît, d'après l'enchaînement des idées, rapporter que la solution était déjà admise par Julien. En matière de *mutuum*, où les pactes ne se distinguent pas, à vrai dire, aussi nettement des contrats, on peut appuyer la même solution sur Modestin, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 41, 1, et sur Proculus chez Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 11, 1. Cf. *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 7 ; *C.*, 2, 3, *De pact.*, 10. Il n'y a pas de textes pour le contrat littéral.

3. Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 7, 5 : *Quin immo interdum* (*nuda pactio*) *format ipsam actionem ut in bonae fidei judiciis. Solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est* ; *ut siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint* ; *si ex intervallo, non inerunt nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur*. Applications faites à l'action *ex vendito* par Ser. Sulpicius pour le pacte qui oblige l'acheteur à respecter un bail (*D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, 30) ; par Pomponius pour celui qui oblige l'acheteur à une construction comme accessoire du paiement du prix (*D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 6, 1 ; cf. Neratius, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 6), par Hermogénien, pour d'autres pactes augmentatifs encore (*D.*, 18, 1, *De C. E.*, 75), par Gordien (*C.*, 4, 54, *De pact. int. empt.*, 5) pour la convention d'intérêts du prix non payé à une certaine date.

4. Ici il y a controverse entre les interprètes. Le texte de Paul, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 40, non pas à la vérité dans son dispositif, qui se rapporte à une obligation *ad minuendam obligationem*, mais dans ses motifs, *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse videntur*, rend l'extension vraisemblable pour le contrat verbal. Quant au *mutuum*, elle résulte aussi, nous semble-t-il, de ce que la convention de solidarité, qui obligera chacun à restituer toute la somme dont il n'a reçu qu'une partie, y résulte d'un simple pacte. Cf. encore, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 7 ; *C.*, 2, 3, *De pactis*, 10.

5. Cette restriction est incontestée pour le *mutuum* (Proculus chez Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 11, 1 ; *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 24). Mais il doit en être de même toutes les fois qu'il s'agit des intérêts d'une somme prêtée, eût-on fait pour la dette principale un contrat formel ; car les textes qui exigent la stipulation des intérêts ne distinguent pas (Paul, *Sent.*, 2, 14, 1 ; *C.*, 4, 32, *De usur.*, 3).

ex intervallo. Il leur faudrait, pour produire effet, faire naître une action et le pacte adjoint *ex intervallo* ne fait naître qu'une exception [1]. Seulement il existe, verrons-nous, un moyen très simple de tourner la règle pour les contrats consensuels non exécutés : c'est de dissoudre le premier contrat par un simple accord de volontés constituant un *contrarius consensus* et de faire, également par un simple accord de volontés, un nouveau contrat contenant la clause.

§ 2. — Pactes prétoriens.

Les pactes prétoriens générateurs d'actions personnelles [2] comprennent, en un certain sens, toutes les conventions qui ont été sanctionnées *jure praetorio* par des actions *in factum* avant de l'être comme contrats par des actions civiles *in jus* (p. 440). Ils comprennent surtout celles qui, comme le pacte de serment, le pacte de constitut, les diverses variétés du *receptum*, ne sont jamais devenues des contrats civils, n'ont jamais été sanctionnées que par des actions prétoriennes *in factum*.

I. Pacte de serment [3]. — Le serment dont il s'agit ici ne doit être confondu ni avec le serment promissoire, qui a probablement été l'origine de la stipulation et qui subsiste dans le *jusjurandum liberti*, ni avec le serment judiciaire, qu'une partie peut être sommée de prêter soit par le juge *in judicio*, soit, au moins dans certains cas, par l'autre partie *in jure* [4]. C'est bien, comme le serment judiciaire, un serment

1. On a cependant soutenu que, dans les contrats de bonne foi, le simple pacte adjoint *ex intervallo ad augendam obligationem*, par exemple le pacte *ut cautio duplae cum fidejussore praestatur*, qui ne fait pas naître d'action en exécution, pourrait être opposé à titre d'exception à l'action de l'autre partie. C'est l'interprétation de Papinien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 72, *pr.*, donnée par Keller, *Institutionen*, 1861, p. 121.

2. Nous n'avons naturellement rien à dire ici de ceux qui font naître des droits réels (hypothèques, servitudes prétoriennes, etc.).

3. *D.*, 12, 2, *De jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali*. Cf. Demelius, *Schiedseid und Beweiseid im Römischen Civilprozess*, 1887, et le compte rendu de Gradenwitz, *Z. S. St.*, 8, 1887, pp. 269-277. Jobbé-Duval, *Etudes sur la procéd. civile chez les Romains*, 1, 1896, pp. 135-169.

4. La confusion a été facilitée par la manière dont les compilateurs ont mélangé, dans le titre du Digeste, les textes des commentaires se rapportant à l'édit sur le serment volontaire (Lenel, *Edictum*, § 54 : *Textes*, p. 146, n° 54 ; Ulpien, *22 ad ed.* ; Paul, *18 ad ed.*) et ceux se rapportant à l'édit sur le serment nécessaire déféré *in jure*, dans certaines actions, par le demandeur au défendeur (Lenel, *Edictum*, pp. 229-230 et *Edit*, 1, pp. 271-273 ; *Textes*, p. 150, n° 95 ; Ulpien, *26 ad ed.* ; Paul, *28 ad ed.*). C'est le mérite de M. Demelius d'avoir nettement mis en lumière, pp. 1-58 (cf. Geouffre de Lapradelle, *Evolution historique du serment décisoire*, Thèse Paris, 1894, pp. 25-45), la distinction des textes relatifs aux deux serments dont le premier est conventionnel et le second forcé ; dont le premier peut intervenir en toute matière et le second seulement dans quelques cas ; dont le premier peut être déféré par chaque partie à l'autre et le second seulement par le demandeur au défendeur ; dont le premier a son objet déterminé par la volonté des parties et le second par la formule de l'action ; dont

relatif à la vérité d'un fait passé, mais ce n'est pas, comme lui, un serment nécessaire, qu'on se trouve forcé de prêter à peine de subir un certain désavantage, souvent de perdre son procès ; c'est un serment volontaire qui n'intervient qu'en vertu d'un libre accord des volontés de celui qui le prête et de celui qui le reçoit.

Afin d'éviter les incertitudes d'un procès en perspective, une personne qui se trouve en différend avec une autre propose de s'en remettre pour la solution du différend au serment de cette autre [1]. Ainsi, en matière d'obligation, celui qui se croit créancier dit à son prétendu débiteur : « jurez que vous n'êtes pas mon débiteur et je vous croirai », ou à l'inverse le prétendu débiteur dit au prétendu créancier : « jurez que vous êtes mon créancier et je vous croirai » ; en matière de propriété, celui qui ne possède pas dit à l'autre : « jurez que vous êtes propriétaire et je ne vous inquiéterai pas », ou celui qui possède dit : « jurez que vous êtes propriétaire et je vous rendrai la chose sans procès ».

Il n'y a là qu'une offre, sans effet juridique, que l'autre partie est parfaitement libre de repousser [2] ; mais, si elle accepte et si elle prononce le serment, le préteur, probablement beaucoup moins dans la vue bien nette de rendre une nouvelle convention obligatoire que dans celle de punir un manque de foi, a décidé qu'il sanctionnerait cette opération, sans effet en droit civil, non seulement, comme tous les pactes, par une exception, mais, quand il le faudrait, par une action.

Quand c'est le prétendu créancier, le non-possesseur de la chose litigieuse qui a proposé à l'autre de s'en remettre à son serment, si, le serment une foi prêté par l'autre, il agit au mépris de sa promesse, l'autre aura, contre son action personnelle ou réelle, l'*exceptio jurisjurandi* qui d'ailleurs n'est guère qu'une variante de l'*exceptio pacti* ; il lui suffira, pour être absous, de prouver le serment et la convention [3]. Mais en outre le pacte sera au besoin sanctionné par une action. C'est

le premier est sanctionné par l'action et l'exception de serment et le second par les voies d'exécution qui résultent des jugements.

1. Ce peut être en dehors d'un procès ; mais ce n'est pas forcé, comme le ferait croire l'expression *extra judicium* de plusieurs textes et la dénomination de pacte de serment *extrajudiciaire* qu'on en a tiré. A l'époque de Justinien, où le serment nécessaire pouvait être déféré en toute matière, le serment qu'une des parties déférait à l'autre en justice était toujours un serment nécessaire et c'est pour cela qu'on a interpolé les textes dans ce sens (Paul, *D.*, *h. t.*, 17, *pr.* : Lenel, 281). Mais, à l'époque classique où le serment nécessaire ne pouvait être déféré qu'en certains procès étroitement délimités, le serment volontaire pouvait, en toute autre matière, être déféré *in jure* par une partie à l'autre qui était libre de le refuser et qui ne le prêtait que si elle voulait bien (v. par ex. Paul, *18 ad ed.*, *D.*, *h. t.*, 28, 4 ; 28, 6 ; 30 ; Ulpien, *22 ad ed.*, *D. h. t.*, 9, 6 ; cf. Demelius, pp. 44-49 ; Geouffre de Lapradelle, pp. 42-45).

2. Paul, *18 ad ed.*, *D.*, *h. t.*, 17, *pr.* : *Jusjurandum quod ex conventione* (supprimez *extra judicium*, n. 1) *defertur referri non potest*.

3. *Inst.*, 4, 13, *De except.*, 4.

le débiteur, c'est le possesseur de la chose qui a proposé à l'autre de s'en remettre à son serment. L'autre a juré. S'il n'est pas payé, si la chose ne lui est pas rendue, il n'a plus besoin d'intenter son action primitive où il lui faudrait prouver sa créance, sa propriété : il a, pour obtenir l'exécution du pacte, une action *in factum*, l'action *jurisjurandi* où la seule question posée au juge sera de savoir s'il a prêté le serment en vertu du pacte (*an actor ex pacto juraverit*). Le défendeur pourra soutenir par exemple qu'il n'y a pas eu de convention de serment, mais il ne pourra pas soutenir que le serment est faux, que le demandeur n'est pas propriétaire, n'est pas créancier[1].

II. Pacte de constitut[2]. — L'action *de pecunia constituta*, qui sanctionne le pacte de constitut et dont l'existence paraît attestée dès le temps de Cicéron[3], a probablement encore été créée plutôt dans l'idée de punir un manque de foi que dans celle de sanctionner une convention : elle a été établie pour punir l'individu qui, étant déjà débiteur d'une somme d'argent dont il était tenu par la *condictio certae pecuniae* et s'étant, afin d'obtenir un délai, engagé à la payer à un jour dit, ne la paie pas à ce terme[4]. Afin de châtier son manque de foi, le préteur décida de donner contre lui, au lieu de la *condictio*, une action différente, l'action *de pecunia constituta* où le taux de la *sponsio* est porté du tiers à la moitié[5], et dont le caractère pénal originaire se révèle encore à quel-

1. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 11.

2. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 8. 9. *D.*, 13, 5, *De pecunia constituta*. Cf. Bruns, *Kleinere Schriften*, 1, 1882, pp. 221-312 ; Lenel, *Edictum*, § 97 ; Kappeyne van de Coppello, *Abhandlungen zum röm. Staats-und Privatrecht*, 2. 1885 ; Jobbé-Duval, *Etudes sur la procédure*, 1, pp. 186-192.

3. Cicéron, *Pro Quinctio*, 5, 18 : *Quinctius... quasi domi nummos haberet ita constituit Scapulis se daturum*. On a soutenu (Valéry, *R. gén.*, 1893, p. 100 et ss.) qu'elle remonterait dans ses origines jusqu'au droit des XII Tables, jusqu'à l'arrangement que le débiteur pouvait conclure avec le créancier pendant les soixante jours qui séparaient la *manus injectio* de la mise à mort ou de la vente *trans Tiberim*. Mais cette conjecture est absolument écartée par le caractère prétorien de l'action *de pecunia constituta* (*Inst.*, 4, 6, *De act.*, 8). Il y a, si l'on veut, des actions prétoriennes qui sont devenues civiles (p. 440). Nous ne connaissons pas d'actions civiles qui soient devenues prétoriennes.

4. Cette conception des circonstances premières où est née l'action est la plus répandue. Elle paraît un peu contrariée par une allégation incidente de Labéon, chez Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, 2, selon laquelle le constitut aurait été introduit pour les dettes à terme. Mais elle s'appuie sur un témoignage circonstancié de la paraphrase attribuée à Théophile, *ad Inst.*, 4, 6, *De act.*, 8 ; sur l'allégation de Justinien, *C.*, 4, 18, *De pec. const.*, 2, 1, selon laquelle on discutait son application aux dettes conditionnelles ou à terme, donc aux dettes autres que les dettes exigibles ; enfin et surtout sur le sens primitif du mot *constituere* qui veut dire prendre jour pour faire un acte (v. les textes dans Bruns, pp. 223-233) et sur le lien visible qui rattache l'action *de pecunia constituta* à l'action *de pecunia certa credita*, à la suite de laquelle elle se place dans l'édit (Lenel, *Ed.*, §§ 95-97, *Textes*, p. 150), dont elle reproduit, en en renforçant le montant, la *sponsio* et la *restipulatio* (n. 5), et dont elle admet les règles sur le serment (p. 615, n. 6).

5. Gaius, 4, 171 : *Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de*

ques détails, par exemple à ce qu'elle a été, jusqu'à Justinien, annale dans certains cas [1]. Mais il y avait pourtant là une nouvelle dérogation au principe que le simple pacte ne fait pas naître d'action ; il y avait là un pacte adjoint *ex intervallo*, qui, au lieu de produire seulement une exception, faisait naître une action, et par suite ce pacte se trouva fournir un procédé très commode pour obtenir, au moins quant aux créances ayant un certain objet, par un simple accord de volontés, dénué de toutes formes, possible même entre absents, des résultats qui, selon le droit civil, n'auraient pu être atteints qu'à l'aide d'un contrat formel, pratiquement d'une stipulation [2].

1. *Conditions d'existence*. Les conditions de validité du pacte de constitut dérivent de son caractère. C'est une convention dans laquelle on s'engage à payer à un jour dit une somme déjà due. Il implique donc :

1° Qu'on s'engage à payer à une certaine date. Normalement la date est indiquée et elle devait sans doute toujours l'être à l'origine ; plus tard le constitut est tenu pour valable, même quand elle ne l'est pas : on doit alors payer immédiatement à l'époque classique, dans un délai de dix jours sous Justinien [3].

2° Que cet engagement ait pour objet une somme d'argent [4], ou tout au moins, d'après une extension admise par le droit classique, une certaine quantité de denrées [5]. Par suite de la fusion du constitut avec le *receptum*, Justinien a décidé qu'il pourrait porter sur toute espèce de choses, sur tout ce qui peut faire l'objet d'une stipulation, dit-il [6].

pecunia certa credita et pecunia constituta ; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae.

1. Justinien, *C.*, 4, 18, *Const. pec.*, 2, 1, dit positivement que jusqu'à lui *in speciebus certis annali spatio concluderetur* ; il donne aussi a entendre qu'avant lui elle ne passait pas toujours contre les héritiers (cf. Bruns, pp. 255-257) et il pose encore la question de savoir si elle est pénale ou réipersécutoire, en la tranchant d'ailleurs dans le dernier sens, conformément à l'opinion de Marcellus (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 18, 2).

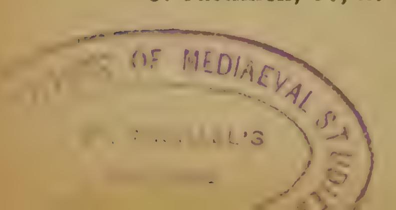
2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 14, 3 : *Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci, et per nuntium et per nosmetipsos et quibuscumque verbis.*

3. Paul, *D.*, *h. t.*, 21, 1 (Lenel, 443) : *Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant : alioquin et confestim agi tecum poterit si statim ut constituisti non solvas : sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum, ut exactio celebretur.* Le début du texte atteste la solution première, à laquelle la dérogation a été faite en partant de la largeur des termes de l'édit ; la suite indique la solution de Paul ; la fin, celle contraire de Justinien ajoutée par une interpolation évidente (Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 74 ; Accarias, 2, p. 617, n. 2). — Au lieu d'un engagement de payer, le constitut pourrait avoir pour objet un engagement de *satisfacere* que le débiteur remplirait en donnant des cautions ou des hypothèques (Paul, *D.*, *h. t.*, 21, 2 ; Ulpien, *D.*, *h. t.*, 14, 1. 2).

4. Le nom même de l'action et son rapport avec la *condictio certae pecuniae* attestent qu'elle fut d'abord restreinte aux sommes d'argent.

5. Justinien, *C.*, *h. t.*, 2, 1 *b* : *Praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura constant.*

6. Justinien, *C.*, *h. t.*, 2, 1.


OF MEDIAEVAL ST

3° Qu'il se rapporte à une obligation préexistante. Sans obligation préexistante, il n'y a pas de constitut [1]. Mais d'ailleurs cette obligation peut indifféremment être née d'une source ou d'une autre, être perpétuelle ou temporaire, civile ou naturelle : en sorte que le constitut fournit un moyen très simple de rendre perpétuelle et transmissible une dette temporaire ou intransmissible, de munir d'action une obligation naturelle [2]. Elle n'a pas non plus besoin d'exister entre les mêmes personnes que la convention de constitut [3], ce qui fait distinguer le *constitutum proprii debiti*, où le débiteur peut s'engager envers son ancien créancier, mais où il peut aussi, d'ailleurs, s'engager, sur la délégation de celui-ci, envers un créancier nouveau [4], et le *constitutum debiti alieni*, où le débiteur s'engage envers le créancier d'autrui, en particulier pour jouer le rôle de caution [5].

2. *Effets*. Le pacte de constitut a pour effet de faire naître une action propre, l'action *de pecunia constituta*, *pecuniae constitutae* ou *constitutoria*, qui est accompagnée d'une *sponsio* ou d'une *restipulatio dimidiae partis* comme la *condictio certae pecuniae* l'est d'une *sponsio* et d'une *restipulatio tertiae partis*, où par conséquent le défendeur poursuivi à tort pourra obtenir une indemnité égale à la moitié de ce qu'on lui réclamait, où surtout le demandeur qu'on n'aura pas payé sans procès aura droit à 50 0/0 de plus qu'on ne lui devait [6]. — On ajoute assez souvent qu'il produira en outre une exception, l'*exceptio pacti*, ou l'exception de dol, pour repousser l'action ancienne, quand les parties qui ont fait le constitut ont voulu atteindre par là, *jure praetorio*, les mêmes résultats qu'aurait produits *jure civili* une stipulation novatoire, écarter l'obligation ancienne en même temps qu'il en naissait une nouvelle sanc-

1. On applique le principe, par exemple, pour exclure le constitut portant sur une dette qui existe *jure civili* et non *jure praetorio* (*D.*, *h. t.*, 3, 1), pour restreindre celui portant à la fois sur le capital et les intérêts d'une dette de capital (*D.*, *h. t.*, 11, 1).

2. Obligation temporaire : *D.*, *h. t.*, 18, 1. Obligation naturelle : *D.*, *h. t.*, 1, 7.

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, 2 : *Quod exigimus, ut si debitum quod constituitur in rem exactum est... nam et quod ego debeo tu constituendo teneberis et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur*. La langue même du texte indique qu'il y a là une extension tirée du langage de l'édit. Il est aussi à remarquer qu'en faisant abstraction des textes primitivement relatifs au *receptum*, les mentions, soit du constitut envers un autre que le créancier (n. 4), soit du constitut *pro alio* (n. 5), sont assez rares.

4. *C.*, 8, 41 (42), *De nov.*, 7 : *Si solvere tibi pecuniam delegatus Eucarpus dare spopondit vel debitum constituit, suo nomine conveniri potest*.

5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, 2. 3 ; Julien, *D.*, *h. t.*, 2. D'autres textes qu'on cite sont relatifs au *receptum* (p. 617, n. 6).

6. *Sponsio* et *restipulatio dimidiae partis* : p. 613, n. 5. L'action comportait, comme la *condictio certa pecuniae*, un serment nécessaire déféré par le demandeur au défendeur, en particulier, d'après le scoliaste des Basiliques Stephane, 22, 5, 34, et d'après Paul, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 14. Cf. Demelius, *Schiedseid und Beweiseid*, pp. 63-71. Jobbé-Duval, *Etudes sur la procédure*, 1, p. 187, n. 2. Lenel, *Edictum*, p. 242 (*Edit*, 1, p. 287).

tionnée par l'action *de pecunia constituta*, soit entre les mêmes parties, soit entre de nouvelles. Nous sommes porté à croire qu'il devait en être ainsi quand telle avait été l'intention des parties [1]. Mais il faut bien reconnaître que les textes ne le supposent guère. Cela tient sans doute à ce que, dans les cas les plus nombreux, l'intérêt pratique poursuivi trouvait mieux son compte à ce que le créancier gardât son ancienne créance à côté de la nouvelle [2].

III. *Receptum.* — L'édit rassemble, sous un même titre [3], en partant plutôt d'une similitude grossière de mots que d'une véritable parenté juridique [4], trois combinaisons qui constituent en des sens divers des pactes prétoriens sanctionnés par le préteur : le *receptum argentariorum*, le *receptum nautarum cauponum stabulariorum* et le *receptum arbitrii*.

1. *Receptum argentariorum* [5]. Le *receptum argentarii*, c'est-à-dire le

1. On objecte que, d'après Ulpien, *D., h. t.*, 18, 3, l'ancienne obligation n'est éteinte que par le paiement (un autre texte se rapporte au *receptum* : p. 617, n. 5). Mais cela prouve seulement qu'il n'y a pas extinction *ipso jure*. L'*exceptio pacti* paraît indispensable, soit dans le cas peut-être le plus ancien où le constitut a eu pour but de concéder un terme au débiteur, soit dans celui où ce débiteur s'est engagé envers un nouveau créancier et où il ne peut plus valablement se libérer entre les mains de l'ancien (cf. *D., h. t.*, 10, et Bruns, pp. 268-269).

2. C'est ce qui se produit normalement quand le constitut intervient entre les mêmes personnes pour rendre une créance perpétuelle ou transmissible ou munie d'action, ou de la part d'un nouveau débiteur pour augmenter la sûreté du créancier. On peut remarquer aussi que c'est commandé par le caractère temporaire de l'action, dans les cas ignorés où elle est annale.

3. La place dans l'édit des deux premières variétés de *receptum* est depuis longtemps connue ; celle de la troisième a été déterminée par Lenel, *Z. S. St.*, 2, 1881, p. 62 ; *Edictum*, § 50, à l'aide des commentaires sur l'édit qui, dans leur forme actuelle, présentent notamment parmi les textes du titre *de pecunia constituta* des textes relatifs au constitut qui n'appartiennent pas aux livres où les jurisconsultes traitaient de ce pacte (Paul, *29 ad ed.*, Ulpien, *27 ad. ed.* par ex.) et qui appartiennent à ceux où ils traitaient des autres variétés du *receptum* (Ulpien, *14 ad ed.*, Paul, *13 ad ed.*). Ce sont, ainsi qu'on peut le prouver directement pour plusieurs et que ce rapprochement le révèle pour tous, des textes qui, dans leur forme première, se rapportaient au *receptum argentarii*, lequel figurait donc dans l'édit et les commentaires à côté des deux premiers.

4. M. Bekker, *Z. S. St.*, 3, 1882, pp. 1-12, a cependant entrepris de ramener les trois variétés de *receptum* à une idée juridique commune. A notre sens, c'est en partant d'une simple similitude de mots que l'édit réunit là sous une même rubrique l'acte de l'arbitre qui accepte de rendre une sentence (*qui arbitrium recipit*), celui des aubergistes qui ont accepté de se charger des effets de voyageurs et sont obligés de les rendre (*ut recepta restituant*) et celui des banquiers qui ont accepté de se charger de payer la dette d'autrui (*aliquid pro alio solvi receperunt*). L'édit ne procède pas autrement en rassemblant, par exemple, sous une même rubrique, au titre *de edendo*, l'*editio actionis* faite par le plaideur, qui indique le moyen demandé par lui, et l'*editio argentarii* imposée au banquier obligé de produire ses livres (Lenel, *Edictum*, § 9).

5. Cf. Lenel, *Z. S. St.*, 2, 1881, p. 62 et ss. *Edictum*, § 50 ; Bekker, *loc. cit.* ; Rossello, *Archivio*, 45, 1890, p. 1 et ss. ; Serafini, *id.*, p. 553 et ss. ; Valery, *R. gén.*, 16, 1892, p. 196 et ss. ; 17, 1893, pp. 52-60. 97-104. Partsch, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 403-422 et *Arch. f. Pap.*, 5, 1913, pp. 489-91 ; Collinet, *Etudes historiques*, 1, pp. 270-290.

pacte par lequel un banquier s'engage à payer la dette d'autrui, a été fusionné avec le constitut par Justinien qui dit qu'il en était voisin [1]. Cependant il en différait sous certains rapports. Ainsi il ne pouvait être conclu que par un banquier ; il pouvait porter sur toute espèce de choses [2] ; ensuite, tandis que le constitut intervenait probablement toujours à l'origine et est, à toute époque, surtout intervenu entre un créancier et son débiteur, le *receptum* nous est toujours représenté comme conclu par le banquier relativement à la dette d'autrui [3] ; enfin, tandis que le constitut suppose à peine de nullité une dette préexistante, le *receptum* était indépendant de l'existence réelle de la dette que le banquier s'engageait à régler : le banquier qui l'avait conclu devait payer, même quand il s'était engagé par erreur, un peu comme celui qui a accepté une lettre de change [4].

Cet arrangement qui fait naître une action appelée par Justinien l'action *recepticia* et pour lequel on pourrait se demander absolument comme pour le constitut s'il entraîne novation civile ou prétorienne de l'obligation à laquelle il se rapporte [5], qui a probablement autant servi que le *constitutum debiti alieni* de procédé de cautionnement [6], a longtemps été considéré par l'opinion dominante comme un contrat formel remontant à une époque ancienne : c'est, à notre sens, un pacte prétorien sanctionné par une action *in factum* [7].

1. *C.*, 4, 18, *De const. pec.*, 2.
2. La restriction aux banquiers et l'application à toutes choses sont attestées par la paraphrase des *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 8.
3. V. Lenel, *Z. S. St.*, p. 66. *Edictum*, p. 130, n. 3 (*Edit*, 1, p. 150, n. 3) ; il est donc inexact de considérer le constitut, qui a commencé par être un *constitutum debiti proprii*, comme une imitation du *receptum*, qui est fait *pro alio*.
4. Justinien, *C.*, 4, 18, *De const. pec.*, 2, 1 : *Secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur, et si quid non fuerat debitum*. Il semble aussi que le *receptum* ne soulevait pas les difficultés relatives à la perpétuité et à la transmissibilité de l'action, à la possibilité de l'apposition d'un terme ou d'une condition, que nous avons relevées en matière de constitut. Peut-être Justinien faisait-il même encore allusion à d'autres différences, *C.*, *h. t.*, 2, 1, *a*, par les mots : *Et omnia quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt aboleantur*.
5. C'est au sujet du *receptum* que Gaius, *D.*, 13, 5, *De pec. const.*, 28 (Lenel, 120), dit : *Ubi quis pro alio constituit [recepit] se soluturum, adhuc is, pro quo constituit [recepit], obligatus manet*. Cependant ici aussi on pourrait concevoir que le banquier qui s'est obligé pour autrui ait voulu le libérer.
6. C'est au *receptum pro alio* et non au *constitutum alieni debiti* que se rapportent vraisemblablement, d'après l'ordre des commentaires, Ulpien, *D.*, 13, 5, *De p. const.*, 27 (Lenel, 472) ; Gaius, *D.*, *h. t.*, 28 (Lenel, 120) ; Paul, *D.*, *h. t.*, 12 (Lenel, 258).
7. L'opinion dans laquelle le *receptum* aurait été un contrat civil et formel a surtout été suggérée par le témoignage de Justinien selon lequel on y était obligé de tenir l'engagement même quand on l'avait pris sans cause (n. 4) et au moins autant par un autre passage du même texte dans lequel il parle à propos de l'*actio recepticia* de termes solennels en désuétude de son temps, *C.*, *h. t.*, 2, *pr.* : *Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio*. Mais l'obligation de payer d'abord ce à quoi on s'est engagé est

2. *Receptum nautarum cauponum stabulariorum*[1]. Les maîtres d'auberges, d'écuries et de navires sont, aux termes de l'édit[2], responsables des effets des voyageurs, qui ont été détruits ou détériorés chez eux, même sans leur faute, à moins que ce ne soit par un cas de force majeure. En conséquence le préteur donne contre eux de ce chef une action *in factum*, plus rigoureuse que les actions qui naîtraient des contrats de dépôt et de louage[3], pour laquelle on discute du reste si elle vient véritablement d'un pacte ou si elle n'existe pas en dehors de toute convention[4].

3°. *Receptum arbitrii*[5]. Le *receptum arbitrii* est la convention conclue entre des particuliers et un arbitre privé qui s'est chargé de trancher un litige existant entre eux. Le préteur ne sanctionne pas la convention par laquelle ces particuliers ont convenu de s'en remettre à l'arbitrage et qui, jusqu'à Justinien, doit être rendue obligatoire par un contrat verbal[6]. Mais il sanctionne la convention par laquelle l'arbitre s'est engagé envers eux à trancher leur litige : il déclare, dans son édit, qu'il le forcera à l'exécuter[7]. Seulement, par un arrêt de développement assez curieux, il ne le fait pas en créant contre lui une action : il intervient seulement contre lui par ses moyens de contrainte administratifs[8].

un produit de besoins commerciaux également explicable, que l'arrangement soit sanctionné par le droit civil comme contrat ou par le droit prétorien comme pacte. Quant aux *verba sollemnia*, ce ne sont pas des termes du *receptum*, mais des termes de la formule de l'action *recepticia*, qui étaient des termes arrêtés comme ceux de toutes les formules et qui n'étaient plus employés de son temps à la différence de ceux de certaines formules restées en usage dans la terminologie judiciaire de la procédure extraordinaire (cf. Bekker, *Aktionen*, 2, pp. 234-236 ; pp. 358-362). Cela laisse intact le point de savoir si l'action est civile ou prétorienne. Nous la croyons prétorienne, d'abord parce que les règles propres à certains corps de métiers — obligation d'*edere* des *argentarii* (p. 616, n. 4) ; solidarité des *argentarii* et des marchands d'esclaves (p. 566, n. 6) ; obligation du *mensor qui falsum modum dixerit* (p. 582, n. 1) ; responsabilité des *nautae caupones stabularii* (p. 618, n. 4) — nous apparaissent comme venant toujours de l'édit et jamais du droit civil ; ensuite parce que M. Lenel a rendu vraisemblable la rédaction *in factum* de l'action *recepticia* et l'existence d'un édit la promettant.

1. *D.*, 4, 9, *Nautae caupones stabularii ut recepta restituant*. Cf. E. Ude, *Z. S. St.*, 12, 1891, pp. 66-74. A. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 132-138. Lusignani, *Studi sulla responsabilità per custodia*, 1, 1902, pp. 22 et ss. Mitteis, *Berichte*, de Leipzig, 1910, pp. 270-278 et *Grundzüge*, pp. 259-260. Schulze, *K. V. J.*, 14, 1912, pp. 22-33.

2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *'Ait praetor* : *'Nautae caupones stabularii quod cujusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos judicium dabo'*.

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, 1.

4. M. Lenel, *Z. S. St.*, 13, 1892, p. 403, a conjecturé ingénieusement que l'engagement, que le voyageur ne songeait pas à demander explicitement en entrant dans l'hôtel, se trouvait pris par l'enseigne même portant quelque chose comme '*sarcinae salvae erunt*'.

6. *D.*, 4, 8, *De receptis* : *Qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*.

5. *C.*, 2, 55 (56) *De receptis*, 1.

7. *D.*, *h. t.*, 3, 1 ; 15.

8. *Multae* : *D. h. t.*, 32, 12. Cf. Pernice, *Labeo*, 1, p. 447.

§ 3. — Pactes légitimes.

Les pactes légitimes (*pacta legitima*) [1], les conventions munies d'action par le droit impérial, sont :

1° La convention de constitution de dot qui, jusqu'à Théodose II, ne pouvait faire naître de créance qu'à condition d'avoir été rendue obligatoire par un contrat formel, mais qu'une constitution de 428 déclara obligatoire par le simple accord des volontés [2] ;

2° La convention de donation, qui ne pouvait non plus anciennement faire naître d'action personnelle au profit du donataire qu'à condition d'avoir été enchâssée dans les solennités d'un contrat formel, qu'on dit souvent, à tort, à notre avis, avoir été rendue obligatoire entre ascendants et descendants par Antonin le Pieux [3] et qui en tout cas le fut rendue entre toutes personnes par Justinien [4] ;

3° Le compromis, la convention d'arbitrage qui fut rendue par Justinien obligatoire pour les parties dans deux cas dont le second seul subsiste dans le droit des Novelles : quand la convention a été accompagnée d'un serment prêté par l'arbitre et les parties [5] ; quand, la sentence une fois rendue, les parties lui ont donné leur adhésion écrite ou ne l'ont pas attaquée dans les dix jours [6].

---

1. Cf. *D.*, 2, 14, *De pactis*, 6.
2. *C. Th.*, 3, 13, *De dotibus*, 4, 1 (cf. *C.*, 5, 11, *De dotis promissione vel nuda pollicitatione*, 6) : *Ad exactionem dotis, quam semet praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus* [*C. Just.*: *sive scripta fuerint sive non*] *etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.*
3. La constitution d'Antonin le Pieux est citée expressément par Constantin, *C. Th.*, 8, 12, *De donat.*, 4, et par Dioclétien, *F. V.*, 314, et il y est fait allusion dans quelques autres textes, par exemple par Paul, *Sent.*, 4, 1, 11. Mais on n'est pas bien fixé sur sa portée précise. D'après Constantin et Paul, elle paraît avoir positivement fait de la convention de donner entre ascendants et descendants un pacte égal en efficacité à la stipulation. Mais il se peut qu'elle ait eu un sens différent, qu'elle ait par exemple simplement décidé que la donation faite par un ascendant à un descendant, pour laquelle il n'aurait pas été fait de stipulation, serait réputée avoir été accomplie par remise de la chose si le donateur avait remis au donataire un titre écrit constatant cette remise ; car, d'une part, cette règle est appliquée postérieurement aux donations entre ascendants et descendants (*F. V.*, 265 ; 297 ; 314) et, d'autre part, la simple convention de donner est encore déclarée alors inefficace entre eux (*F. V.*, 263 ; 268 ; 285). Si cela était, il n'y aurait là aucun pacte légitime faisant naître une action personnelle. Il y en aurait un, au contraire, dans la doctrine selon laquelle la convention de donner aurait été rendue obligatoire par Antonin le Pieux entre ascendants et descendants à condition d'être constatée dans un écrit remis par le donateur au donataire. Mais cette doctrine nous paraît contraire à la fois à *F. V.*, 263, qui déclare nulle la donation faite par *epistula* et à *F. V.*, 265 ; 314, qui parlent d'*instrumenta* se rapportant à la *possessionis traditio*.
4. *Inst.*, 2, 7, *De donat.*, 2 ; *C.*, 8, 53 (54), *De donat.*, 35, 5.
5. *C.*, 2,55, *De rec.*, 4, abrogé par la nov. 82, c. 11, interdisant le serment en pareille matière.
6. *C.*, 2, 55, *De rec.*, 5.

CHAPITRE III. — *VARIAE CAUSARUM FIGURAE*

Les obligations qui ne naissent ni de contrats ni de délits naissent de sources très diverses et qu'il est à peu près impossible de ramener à des vues communes. En particulier, on ne peut aucunement les enfermer toutes dans les deux catégories des quasi-contrats et des quasi-délits empruntées par Justinien à Gaius.

Justinien signale aux Institutes comme naissant *quasi ex delicto* quatre obligations [1] et les interprètes en ajoutent parfois quelques autres. Il y indique auparavant comme naissant *quasi ex contractu* d'autres obligations plus importantes et plus nombreuses : les obligations nées de la gestion d'affaires, voisines de celles nées du contrat de mandat ; les obligations nées de la tutelle, encore voisines de celles nées du mandat ; les obligations nées de l'indivision, qui sont rapprochées de celles nées du contrat de société ; la créance de restitution produite par le paiement de l'indû, voisine de la créance de restitution produite par le contrat de *mutuum* ; la dette des legs mise à la charge de l'héritier, qui se rapproche encore des dettes nées soit du mandat, soit du *mutuum*. Et ici surtout les interprètes ont souvent essayé de beaucoup allonger la liste par voie d'assimilation ou d'analogie, en mettant par exemple à côté des obligations nées de la tutelle, celles nées de la curatelle, à côté de l'obligation au partage produite par l'indivision, l'obligation au bornage produite par l'incertitude des limites des immeubles, à côté de l'action en répétition de l'indû sanctionnée par la *condictio indebiti*, toutes les autres actions en répétition d'un enrichissement injuste sanctionnées par des *condictiones* [2]. Mais ces additions, en grande partie critiquables, ne seraient pas suffisantes. Il resterait encore à classer nombre d'autres obligations : ainsi le droit reconnu aux propriétaires de fonds non bâtis d'exiger que le cours des eaux pluviales ne soit pas modifié à leur préjudice par des travaux faits sur un autre fonds ; le droit reconnu à celui qui en a besoin pour un procès d'exiger du possesseur ou du détenteur d'une chose l'exhibition de cette chose ; l'obligation imposée par le droit impérial à certaines personnes d'en doter d'autres, de leur fournir des aliments en cas de besoin ; l'obligation imposée au mari ou à ses héritiers de restituer la dot dans certains cas.

Nous n'essaierons donc pas de nous attacher à cette division et, en laissant de côté quelques obligations que nous avons déjà rencontrées,

1. *Inst.*, 4, 5, *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*.
2. *Inst.*, 3, 27, *De obligationibus quasi ex contractu*.

ou que nous retrouverons plus loin[1], nous finirons l'énumération des sources d'obligations en étudiant ici sans plan bien rigoureux : les obligations résultant d'acquisitions faites sans cause ou en vertu d'une cause injuste (*condictiones sine causa* au sens large, dont la *condictio indebiti* est une variété) ; celles résultant de l'immixtion d'une personne dans la gestion des affaires d'autrui (*negotiorum gestio*) ; celles résultant de la propriété ou de la détention (actions *aquae pluviae arcendae, familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum, ad exhibendum*) ; les obligations de dot et d'aliments résultant des liens de parenté et de patronat ; et enfin les obligations quasi-délictuelles.

SECTION I. — Les *condictiones sine causa*.

La *condictio* [2] est, en droit classique, une action personnelle et de droit strict, dont le caractère original, encore contesté, mais certain à notre sens, est d'être une action abstraite, une action dont la formule n'indique pas la cause en vertu de laquelle elle est intentée [3].

1. Nous avons étudié les obligations résultant de la tutelle et de la curatelle, pp. 221-225. 229. 237 ; nous étudierons celle de payer les legs dans la théorie des successions et celle de rendre la dot dans la théorie de la dot.

2. V. pour la bibliographie de la matière des *condictiones* jusqu'en 1900, R. von Mayr, *Die Condictio des römisch. Privatrechts*, 1900 ; il faut depuis ajouter notamment Kipp, dans Pauly-Wissowa, 4, 1, 1900, v° *Condictio* ; H. Krueger, *Z. S. St.*, 21, 1900, pp. 418-430. 24, 1903, pp. 462-471. 28, 1907, pp. 465-470 ; W. Stintzing, *Beiträge z. römisch. Rechtsgeschichte*, 1, 1901, pp. 1-61 ; J. v. Koschembar-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassich. römisch. Recht*, 1, 1903. 2, 1907 ; R. v. Mayr, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 258-278. 25, 1904, pp. 188-232 ; M. Pflueger, *Ciceros Rede Pro Q. Roscio comoedo*, 1904 et *Festgabe P. Krueger*, 1911, pp. 1-96 ; Senn, *N. R. H.*, 1904, pp. 607-617 ; Duquesne, *N. R. H.*, 1908, pp. 213-225 ; Michon, *N. R. H.*, 1908, pp. 369-408.

3. V. en ce sens, Baron, *Die Condictionen*, 1881, qui a découvert le principe ; Lenel, *Edictum*, pp. 230-231 (*Ed.*, 1, pp. 273-274) ; Pernice, *Labeo*, 3, 1, pp. 212, n. 2 ; Girard, *N. R. H.*, 1895, p. 410, n. 2, et beaucoup d'auteurs plus récents. La preuve du caractère abstrait de la *condictio* se trouve : 1° dans le plaidoyer de Cicéron, *Pro Roscio*, où, pour démontrer qu'une somme d'argent n'est pas due par son client, Cicéron énumère toutes les causes en vertu desquelles la *condictio* aurait pu, selon lui, être intentée : ce serait déraisonnable si la formule avait spécifié la cause en vertu de laquelle était exercée l'action ; 2° dans de nombreux textes de Gaius qui impliquent que la *condictio* a toujours la même rédaction, quelle que soit la cause à raison de laquelle elle est intentée ; v. par ex. Gaius, 4, 64, sur l'action donnée à l'*argentarius* contre son client pour lui réclamer le reliquat de son compte, quelle que soit la source des créances, 3, 91, sur l'identité de rédaction des *condictiones* données en vertu du *mutuum* et du paiement de l'indû, 4, 4, sur l'identité de la *condictio furtiva* et des *condictiones* données en raison d'autres causes ; v. encore les termes identiques et dénués de toute mention de cause dans lesquels il rapporte l'*intentio* de la formule non seulement là, mais 4, 18. 33. 34. 86. 93. — On a cependant prétendu (H. Buhl, *K. V. I.*, 24, 1882, p. 224 et ss. ; Bekker, *Z. S. St.*, 4, 1884, p. 95 et ss.), soit que la *condictio* devait contenir l'indication de la cause de la créance, soit au moins qu'elle pouvait le faire, et on a invoqué dans ce sens à la fois des textes qui prouveraient

On la distingue, suivant l'objet de la créance qu'elle sanctionne, en *condictio certae pecuniae*, créée dès le temps des Actions de la loi par la loi Silia, en *condictio certae rei* ou *triticaria*, créée sous les Actions de la loi par la loi Calpurnia, et en *condictio incerti*, introduite seulement à l'époque de la procédure formulaire[1].

Elle naît à la fois du *mutuum* (*condictio certae pecuniae, triticaria*), du contrat littéral (*condictio certae pecuniae*), du contrat verbal ayant pour objet de l'argent ou d'autres choses certaines (*condictio certae pecuniae* ou *triticaria*) et de l'acquisition sans cause faite par une personne aux dépens d'une autre (*condictio certae pecuniae*, *triticaria* ou *incerti*.) Et c'est là sensiblement tout, à l'époque classique. A la vérité, les compilations de Justinien donnent à la *condictio* deux autres fonctions : celle de sanctionner toutes les créances établies par une loi sans indication d'action (*condictio ex lege*)[2], et celle de pouvoir remplacer toutes les autres actions personnelles, quand le demandeur voudra, après en avoir évalué le montant, le réclamer au moyen de la *condictio certae pecuniae*, en s'exposant au risque de la *plus petitio*, mais en mettant le juge dans l'alternative de lui allouer tout ce qu'il demande ou de le repousser entièrement (*condictio generalis* des interprètes)[3]. Mais ce sont là, croyons-nous,

que la formule de la *condictio* a parfois contenu la mention de sa cause et des arguments de raison qui prouveraient qu'elle ne peut avoir fonctionné sans cette mention. Les arguments de raison sont tirés de ce que le défendeur serait, si la cause n'était pas indiquée, exposé à des surprises, exposé à ne pas savoir s'il doit s'exécuter sans procès ou défendre à l'action et de ce qu'après le procès, on aurait des difficultés dans ce système pour savoir quelle créance a été déduite en justice. Mais nous avons la preuve que les difficultés ont en effet préoccupé les jurisconsultes romains (v. par ex. Ulpien, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 61 = Lenel, 767) ; elles sont donc pour nous un argument et non une objection. D'autre part, les risques de surprises ne résultent pas du caractère abstrait de la formule ; ils n'existeraient que si le demandeur pouvait obtenir la formule abstraite sans dire à quel titre ; or les deux choses ne sont pas liées ; on peut admettre à la fois que la *condictio* ait une formule abstraite et que le demandeur puisse être sommé de faire connaître à quel titre il agit. Il n'est donc pas nécessaire que la formule contienne la mention de la cause de l'obligation. Quant au point de savoir si elle l'a jamais contenue, le seul des textes invoqués dans ce sens qui se rapporte à une *condictio* (les autres sont relatifs à l'action *ex testamento*), Quintilien, *Inst. or.*, 4, 2, 6 : *Satis est dixisse* : '*certam creditam pecuniam peto ex stipulatione*', ne prouve pas que la cause soit indiquée dans la formule écrite de l'action, mais seulement qu'elle est révélée dans les discours du demandeur, dans ceux qu'il prononce *in judicio*, d'après l'ordre d'idées du texte.

1. La formule de la *condictio certae pecuniae* a été décrite p. 502, n. 3, et celle de la *condictio triticaria*, p. 502 ; celle de la *condictio incerti* le sera p. 627, n. 3.

2. Paul, *D.*, 13, 2, *De condictione ex lege*, 1 (Lenel, 1083) : *Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.* Ce court fragment constitue tout le titre.

3. Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 9, *pr.* : *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto : licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio. Ceterum si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere.* V. aussi les §§ 1. 3. 4.

deux créations de Justinien [1]. D'autre part, on dit parfois que la *condictio* naîtrait encore tout au moins de la stipulation incertaine (*actio ex stipulatu*) et du testament par lequel un héritier est rendu débiteur d'un legs (*actio ex testamento*). Mais c'est l'effet d'une erreur qui consiste à considérer toutes les actions de droit strict comme des *condictiones* : l'action *ex stipulatu*, qui naît d'une stipulation incertaine, et l'*actio ex testamento*, qui naît d'un legs générateur de créance, sont des actions de droit strict ; ce ne sont pas des *condictiones* [2].

1. Pour la *condicio ex lege*, le texte unique du titre du *D.* (p. 622, n. 2) n'avait dans sa portée première rien à voir avec les *condictiones* : il figurait probablement dans le commentaire de Paul sur la loi Aquilia et il parle d'*agere* et non de *condicere* ; le titre correspondant du *C.*, 4, 9, *De cond. ex lege vel injusta causa et sine causa*, ne donne non plus aucun exemple de la *condictio ex lege*. Les principaux cas datent de Justinien (*Inst.*, 4, 6, *De act.*, 24 ; *C.*, 3, 31, *De H. P.*, 12, 1 *c* ; *C.*, 6, 30, *De jur. delib.*, 22, 6). On peut seulement relever auparavant deux ou trois *condictiones* venant de lois positives qui ont, dans des cas précis, permis d'agir par *condictio* (*lex Julia* de 709, lignes 44. 45 : *Textes*, p. 84 ; *lex Julia de adulteriis* : Marcien, *D.*, 48, 5, *Ad leg. Jul. de adult.*, 29 (28) : Lenel, 187 ; les actions résultant sans stipulation en droit récent du pacte de constitution de dot et de celui de donation sont plutôt des développements des actions nées antérieurement du contrat verbal). Ce n'est que Justinien qui, dans sa classification systématique, a fait de cela une catégorie spéciale. V. Baron, *Condictionen*, p. 76 et ss. ; Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 204, n. 1. — Pour la *condictio generalis*, son existence, qui a été contestée même pour le temps de Justinien (Savigny, *Traité*, 5, pp. 565-571 ; Petit, *Traité*, § 784, n. 3), nous y paraît certaine en face du texte rapporté, p. 622, n. 3. Mais nous croyons qu'elle y vient d'une interpolation que révèlent de nombreuses incorrections du texte (l'expression *ex omni obligatione ex qua certum petitur* pour *ex omni obligatione ex qua certum peti potest* ; la formule *contractus certi et incerti*, qui se retrouve uniquement dans un autre texte corrompu, Florentinus, *D.*, 46,4, *De acceptil.*, 18, *pr.* ; cf. la note de Mommsen, et les Basiliques, 26, 6,18 ; au § 3, les *species quae dignum habent tractatum* ; enfin le nom de *condictio certi* donné à la *condictio certae pecuniae* seulement dans ce texte et un autre texte interpolé, cité p. 502, n. 1). V. en ce sens J. C. Naber, *Mnemosyne*, 13, 1891, p. 182 et ss. ; A. Pernice, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 248-254 ; Girard, *N. R. H.*, 1895, p. 416 ; Mitteis, *Iahrbücher* de Ihering, 39, 1897, pp. 153-173, etc. Cependant on a invoqué des textes pour soutenir qu'elle aurait déjà existé soit dès l'époque classique (Keller, *Procédure civile*, n. 1407), soit dès l'époque de Cicéron (Accarias, *Précis*, 2, n° 875 ; Baron, *Condictionen*, pp. 89-112). Mais, pour le temps de Cicéron, le passage du *De or.*, 1, 36, où Accarias voit le droit de choisir entre l'action *tutelae* et la *condictio*, se rapporte, croyons-nous, à l'action *tutelae* et à l'action *rationibus distrahendis*, et le plaidoyer *Pro Roscio* invoqué par M. Baron, en supposant que l'adversaire de Roscius ait intenté la *condictio* au lieu de l'action *pro socio*, ne prouve rien non plus, parce que, comme a montré M. Pernice, *Labeo*, 3, pp. 224-225, l'action *pro socio* ne pouvait être intentée à raison d'actes postérieurs à la dissolution d'une société éteinte par la perte de la chose (p. 590, n. 8) et que la demande, si elle avait été fondée, l'eût été en vertu des règles de la *condictio* née *re*. Quant au droit classique, les textes invoqués ne prouvent pas qu'on puisse intenter une *condictio* à raison d'une obligation qui ne serait pas née *re*, *verbis* ou *litteris* : ils prouvent seulement que le créancier qui avait une autre action pouvait aussi avoir une *condictio*, quand il se trouvait en même temps dans les conditions requises, par exemple quand le défendeur retenait sans cause un bien venant de lui. Cette observation rend compte de Paul, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 28, 4, et d'Ulpien, *D.*, 44, 2, *De exc. rei jud.*, 5 (du reste primitivement relatif au *vadimonium* et non à la chose jugée : Lenel, 1658).

2. V. pour l'action *ex stipulatu*, la p. 503, n. 2. L'action *ex testamento* est éga-

Le domaine de la *condictio* n'en reste pas moins fait d'éléments assez disparates et on a proposé, pour en expliquer la composition, plus d'une conjecture. A notre sens [1], l'explication est dans l'histoire de cette action

lement une action distincte de la *condictio* ; car, sans parler de ce que, dans les legs d'argent et de certaines choses certaines, elle doit avoir une rédaction propre pour indiquer qu'elle croît au double *adversus infitiantem* (Gaius, 4, 9), sa formule indique toujours qu'on agit *ex testamento*. V., pour le cas d'*incertum*, Gaius, 2, 213, et pour les autres, Gaius, 4, 55, et Julien, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 82, 1. V. en ce sens, Baron, p. 132 ; Lenel, *Edictum*, § 170.

1. Nous avons déjà proposé cette interprétation, *N. R. H.*, 1895, pp. 418-425. — L'interprétation proposée par A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, diffère de la nôtre en ce qu'il regarde la *condictio* comme ayant été créée pour les obligations nées *re* et étendue aux obligations nées *verbis* et *litteris* seulement sous la procédure formulaire par l'effet d'une sorte de quiproquo tenant à la similitude de l'*intentio* de la *condictio* et de celle des actions personnelles de ce genre exercées auparavant par *sacramentum*. Mais, sans parler d'autres points, cette doctrine nous paraîtrait surtout vraisemblable si la *condictio* ainsi propre aux obligations nées *re* avait été créée pour elles par les lois Silia et Calpurnia ; or cela ne se concilie ni avec Gaius, 4, 20, selon lequel les créances intentées par *condictio* pouvaient antérieurement s'intenter par *sacramentum* ou par *judicis postulatio*, ni avec la loi Acilia *repetundarum* qui prouve qu'elles se sont intentées par *sacramentum* (p. 626, n. 4). — Selon Baron, p. 195 et ss., la *condictio* aurait été introduite d'abord, en matière de *certa pecunia*, par la loi Silia, puis, en matière d'*aliae certae res*, par la loi Calpurnia, pour sanctionner d'un coup toutes les obligations qui s'étaient développées depuis les XII Tables sans obtenir de reconnaissance légale, en même temps que toutes celles qui se développeraient par la suite, pour sanctionner, grâce à sa formule abstraite, à la fois dans le passé et dans l'avenir, toutes les prétentions que le juge saisi reconnaîtrait, en chaque cas concret, être conformes à la conscience juridique et dignes de protection. Mais cette doctrine est encore incompatible avec Gaius, 4, 20 ; elle l'est de plus avec la restriction du domaine des *condictiones*, attestée notamment par Cicéron, aux obligations nées *re*, *verbis* et *litteris*. Enfin elle rendrait inconcevable le développement du droit postérieur où la *condictio*, toute prête à sanctionner les prétentions nouvelles reconnues par la conscience juridique, aurait dû être la sanction uniforme des contrats réels de bonne foi, des contrats consensuels, des contrats innommés, par ex. Cf. *N. R. H.*, 1895, pp. 412-413. — M. Jobbé-Duval, *Etudes sur la procédure*, 1, 1896, pp. 63-108, admet comme nous que la *condictio* a, dès le principe, sanctionné à la fois des obligations nées *re*, *verbis* et *litteris* ; mais il soutient qu'elle aurait seulement sanctionné, comme obligations nées *re*, celles nées du *mutuum* à l'exclusion de celles nées d'une autre cause. Son seul argument dans ce sens est qu'une obligation qui ne serait pas née d'un *mutuum* serait en contradiction avec le nom de l'*actio certae creditae pecuniae* et avec le langage de Cicéron, *Pro Rosc. com.*, selon lequel la *condictio certae pecuniae* suppose une *stipulatio*, une *expensilatio* ou une *numeratio* (Cicéron ne dit pas un *mutuum*). Mais l'argument prouve trop, parce que, de l'avis de l'auteur lui-même, p. 67, n. 2, « il pouvait y avoir *pecunia credita* sans que l'argent dû eût été confié au débiteur, sans qu'il y eût lieu à restitution, dans le sens propre du mot », il prouve trop peu, parce que le cas de *mutuum* n'est pas, à beaucoup près, le seul où il y ait *datio*, parce que, dans beaucoup d'hypothèses, où il n'y a pas *mutuum*, la *condictio* naît d'une *datio* (*condictio indebiti ob causam datorum*, certains cas de *condictio furtiva*) et même, peut-on dire, d'un *credere* (*condictio ob causam datorum* ; mêmes cas de *condictio furtiva*). Tout ce que cela conduirait donc à admettre, c'est qu'à une époque quelconque, l'action ne naissait pas de toutes ses sources postérieures : cela ne justifierait, pour aucun temps, la restriction de la *res* au *mutuum*. Et cette restriction gratuite n'a pas seulement le défaut de maintenir, en face d'une doctrine d'une tout autre vraisemblance historique, le système expliquant les

qui, quand elle a été créée, sous les Actions de la loi, d'abord en matière de *certa pecunia*, puis en matière d'*aliae certae res*, l'aura été probablement pour toutes les créances déjà reconnues ayant cet objet, en tout cas pour toutes les créances d'argent ou d'autres corps certains déjà reconnues alors comme naissant *re*, *verbis* ou *litteris*. Le contrat verbal, qui faisait naître auparavant l'action *sacramenti*, a désormais faire naître la *condictio*, quand il avait pour objet de l'argent ou d'autres choses certaines. Le contrat littéral, qui faisait probablement naître auparavant l'action *sacramenti* pour les sommes d'argent sur lesquelles il portait, a désormais fait naître la *condictio*. Il n'en a pas été autrement de la *res*.

Les Romains ont, à notre sens, admis, dès une époque très ancienne, que celui qui se trouve retenir sans cause une chose venant d'autrui est débiteur de la restitution, y est obligé *re*. Et ils l'ont admis, non pas, comme dit une doctrine connue [1], en vertu d'une extension des règles du contrat de *mutuum* aux cas analogues du paiement de l'indû et d'autres enrichissements où le débiteur serait tenu *quasi ex contractu*, comme s'il y avait *mutuum*, mais au contraire en vertu d'un principe supérieur et indépendant dont l'obligation de l'emprunteur est une simple dérivation au lieu d'en être l'origine, en vertu du principe selon lequel celui qui a acquis ou qui retient sans cause le bien d'autrui est obligé par l'é-

condictiones sine causa par une analogie boiteuse avec la *condictio* née du contrat de *mutuum*. Elle condamne à méconnaître des témoignages décisifs que l'auteur a vainement essayé d'écarter (Sabinus, *D.*, 12, 5, *De cond. ob turp.*, 6 : p. 626, n. 3) ou qu'il passe sous silence (loi Calpurnia : p. 626, n. 4). — Sur le système de Savigny, v. la note suivante.

1. Savigny, *Traité*, 5, *App.* 14, pp. 513-617, encore suivi par Pfersche, *Bereicherungsklagen*, 1883, pp. 22-24. Selon cette doctrine, la *condictio* remplacerait, pour celui qui a cessé d'être propriétaire, une revendication qu'il a perdu, en partant d'un principe qui aurait d'abord été appliqué au *mutuum*, puis étendu d'une part, au paiement de l'indû, à la *datio ob causam*, dans lesquels il y a encore perte de la propriété, s'il n'y a pas convention de rendre, d'autre part, même au contrat littéral et au contrat verbal, où il y aurait eu translation de propriété fictive par suite de leur caractère de dérivés du *nexum*. Ce système est aujourd'hui assez abandonné. Outre certaines défectuosités accessoires (il admet à tort l'identité des *condictiones* et des actions de droit strict et le caractère classique des classifications de Justinien), il est en désaccord avec des textes qui donnent la *condictio* sans translation de propriété ; il suppose pour le contrat verbal une origine tirée du *nexum* qui est plus que douteuse (p. 495) et une postériorité au *mutuum* qui l'est au moins autant. De plus, il suppose implicitement, comme plusieurs de ses adhérents (par ex. Puchta) l'ont fait explicitement, que les obligations nées *re*, *verbis*, *litteris* n'ont été sanctionnées par une action que depuis les lois Silia et Calpurnia ; or ce n'est pas seulement démenti par Gaius, 4, 20 ; nous avons vu le contraire au moins pour le contrat verbal (p. 501, n. 1), et probablement pour le contrat littéral ; nous allons le voir pour la *res* (p. 626, n. 4). Enfin, il admet sans preuves que les prétendues obligations quasi-contractuelles sanctionnées par la *condictio* sont plus récentes que le *mutuum*.

quité[1] à le rendre, non pas en vertu d'une idée de contrat, mais en vertu d'une idée d'acquisition ou plus largement de conservation sans cause[2]. Cette idée, également vraie toutes les fois qu'on retient injustement une valeur venant d'autrui, qu'on l'ait reçue à la suite d'une convention réalisée, comme dans le *mutuum*, ou à la suite d'une convention d'échange qui ne s'est pas réalisée, ou à raison d'un vol ou de toute autre cause qui en rend la conservation illégitime, fonde partout pour la personne appauvrie une action qui remonte, à notre avis, à un passé reculé, à une époque où elle s'intentait par *sacramentum*, à un temps antérieur à celui de l'introduction de la *condictio*. La preuve de son antiquité est dans un témoignage de Sabinus qui rapporte, au début de l'Empire, qu'elle était déjà reconnue par les *veteres*[3] ; la preuve à la fois de son antiquité et de son exercice par *sacramentum* est dans une disposition d'une loi de 605 qui en organisait une application particulière par cette procédure[4]. Elle a pu s'intenter par *condictio*, depuis la loi Silia, en matière de *certa pecunia*, et, depuis la loi Calpurnia, en matière d'*aliae certae res*. Et en conséquence, elle donne lieu, sous la procédure formulaire, à la *condictio certae pecuniae* et à la *condictio triticaria*. Mais ces deux actions ne pouvaient s'intenter que quand la valeur retenue sans cause consistait en de l'argent ou en des choses certaines. Les jurisconsultes de l'Empire ont, vers le temps d'Ha-

1. Fondement tiré de l'équité : Celse, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 32 : *Bonum et aequum* ; du *jus gentium* : Marcien, *D.*, 25, 2, *Rer. amot.*, 25 ; Celse, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 47. Cf. aussi le rapport établi par les jurisconsultes entre la *condictio* et l'*exceptio doli* (Pernice, *Labeo*, 3, p. 219).

2. Nous avons déjà signalé, p. 517, au sujet du *mutuum*, cette conception, à notre avis très heureuse, développée par M. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 211 et ss. ; sur les conclusions en partie différentes des nôtres qu'il y rattache, v. p 624, n. 1.

3. Ulpien, *D.*, 12, 5, *De cond. ob turp.*, 6 (Lenel, 2591) : *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici : in qua sententia etiam Celsus est.* Après les *veteres*, la même doctrine est appliquée par Ser. Sulpicius chez Neratius, *D.*, 12, 4, *De cond. caus. dat.*, 8, et elle était probablement exposée par Q. Mucius Scaevola, d'après Pomponius, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 52. Pour nous en tenir au premier texte, il pose un principe et il dit positivement que ce principe approuvé par Sabinus était déjà exprimé par les *veteres*. On ne peut donc l'écarter, avec M. Jobbé-Duval, p. 105, en disant qu'il s'agit dans le texte d'Ulpien d'une solution d'espèce, en invoquant les procédés de composition des commissaires de Justinien ou la manière de laquelle s'accomplissent les développements de jurisprudence. En dehors de toutes les solutions d'espèces données par Ulpien, de tous les procédés de travail des compilateurs et de tous les développements de jurisprudence, le texte dit positivement que les *veteres* estimaient déjà *id quod ex injusta causa apud aliquem sit posse condici*. C'est indéniable et cela nous suffit.

4. C'est la disposition de la loi Calpurnia sur la répétition des sommes illégalement reçues par les magistrats, rapportée dans la *lex Acilia repetundarum*, l. 23 (*Textes*, p. 37) : *Quei pecuniae captae condemnatus est erit aut quod cum eo lege Calpurnia aut lege Junia sacramento actum siet*. Cf. Girard, *N. R. H.*, 1895, p. 418 et *Mélanges*, 1, pp. 102-107.

drien ou de Trajan [1], complété le système en faisant reconnaître, pour le cas où l'enrichissement consiste en autre chose, où l'action en répétition a pour objet un *incertum* : un fait, un acte juridique, une constitution de droit réel, une remise de dette [2], une troisième *condictio* voisine des deux premières, la *condictio incerti* [3], qui se trouve en conséquence avoir son champ d'application restreint aux obligations nées *re* [4].

L'activité des jurisconsultes se porta naturellement aussi, sous l'Empire et même dès la fin de la République, sur la constitution doctrinale de la théorie de cette action en répétition. Ils mirent à part le cas où elle naissait du *mutuum*, en dégageant plus ou moins intégralement l'idée de contrat qui s'y trouvait en puissance. D'une manière plus large,

1. V. en ce sens, Pfersche, *Bereicherungsklagen*, pp. 26-28. Pernice, *Labeo*, 3, p. 203. Les premiers témoignages certains sont d'Aristo, de Pomponius et de Julien (n. 2). Sur un témoignage plus douteux de Celse, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12, v. Pernice, p. 210.

2. Constitution d'un droit réel : Pomponius, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 22, 1. Extinction d'une obligation : Pomponius, cité par Paul, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 5, 1 ; Julien, *D.*, 12, 7, *De cond. s. c.*, 3 ; *D.*, 39, 5, *De don.*, 2, 3. Promesse garantie par des cautions : Pomponius, *D.*, 35, 3, *Si cui plus*, 3, 10 (d'autres textes parlant de *condictio cautionis* : *D.*, 7, 9, *Ususfr. quem.*, 5, *pr.* ; 7, 5, *De usufr. ear. rer.*, 5, 1 : p. 376, n. 4, et peut-être *D.*, 4, 4, *De min.*, 16, 2, paraissent interpolés ; cf. Pernice, p. 205, n. 4). Restitution de la possession : Julien, *D.*, 43, 26, *De prec.*, 19, 2, p. 608, n. 1) ; Aristo chez Ulpien, *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 12, 2. La portée précise de cette *condictio incerti* est obscurcie par deux causes opposées : par les efforts faits avant son introduction et même depuis par les jurisconsultes pour étendre le plus possible la portée de la *condictio triticaria* ; ensuite par les interpolations nombreuses des compilateurs qui ont élargi le domaine des *condictiones* (exemples chez Pernice, *Labeo*, 3, p. 205, n. 1) et en particulier le sien (exemples chez Pernice, *Labeo*, 3, p. 203, n. 5, p. 206, n. 1). C'est en revanche attribuer aux compilateurs un ensemble d'interpolations bien méthodique et bien habilement suivi que de nier comme ont fait MM. Pflueger, *Z. S. St.*, 18, 1897, pp. 75-113, et R. v. Mayr, *Condictio*, pp. 180-187. 215-236, qu'il y ait eu avant Justinien aucune *condictio* tendant à autre chose qu'une *certa pecunia* ou une *alia certa res*. Nous croyons que, comme a montré par ex. M. Hugo Krueger, *Z. S. St.*, 21, pp. 423-430, et comme admet actuellement M. v. Mayr lui-même, *Z. S. St.*, 24, p. 258, le droit classique connaît déjà une *condictio* s'appliquant aux créances d'*incerta*. En face de cela, le point de savoir si le nom même de la *condictio* n'est pas, comme l'a soutenu fortement M. Trampedach, *Z. S. St.*, 17, 1896, pp. 97-154, et comme pensent beaucoup d'auteurs (MM. Krueger, Lenel, R. v. Mayr), le produit d'une interpolation symétrique à celle faite pour la *condictio certi* (p. 502, n. 1), a une importance réelle pour l'histoire de la terminologie, mais seulement pour elle.

3. La reconstruction de sa formule est controversée. Suivant une doctrine qui était celle de Savigny, *Traité*, 5, *App.* 14, p. 599, et qui fut d'abord admise par Lenel, dans la 1re éd. de l'*Edictum*, elle aurait une *intentio* portant *quidquid N. Numerium A. Agerio dare facere oportet* précédée d'une *demonstratio* ou d'une *praescriptio*. Suivant une autre doctrine, qui nous semble mieux d'accord avec la manière dont la *condictio incerti* paraît être sortie de la *condictio triticaria*, elle commencerait comme elle par une *intentio* spécialisant la restitution demandée, portant par exemple : *Si paret N. Negidium stipulationem quam A. Agerius ei repromisit acceptam facerè oportere*. La *condemnatio* était alors une condamnation incertaine. V. Baron, *Condictionen*, p. 230 ; Bekker, *Aktionen*, 1, p. 111, n. 34 ; Lenel, *Edictum*, § 57.

4. V. en ce sens, Pernice, *Labeo*, 3, p. 211, n. 1 ; cf. Baron, *Condictionen*, p. 218.

ils entreprirent le morcellement de l'ancienne *condictio* en un certain nombre de *condictiones*, ayant leurs traits arrêtés, telles que sont, à côté de la *condictio* née du *mutuum*, la *condictio ob causam datorum*, la *condictio indebiti*, la *condictio furtiva*, d'autres encore. Et ces essais de classement eurent certainement pour effet de réagir sur les règles de l'ancienne *condictio*, en y apportant peut-être quelques extensions, en y apportant surtout des restrictions [1]. Mais on peut aujourd'hui tenir pour certain qu'ils n'arrivèrent pas avant Justinien à une assiette définitive, à une fixité absolue [2]. Justinien s'en inspira probablement; mais il les dépassa de beaucoup en établissant, dans ses compilations, la classification des *condictiones* que l'on a cru longtemps remonter aux jurisconsultes classiques et qui, en écartant la *condictio* née du *mutuum*, divise les diverses *condictiones* nées d'un enrichissement dépourvu de cause légitime, les diverses *condictiones sine causa*, en distinguant la *condictio indebiti*, la *condictio ob causam datorum* ou *causa data causa non secuta*, la *condictio ob turpem causam*, la *condictio ob injustam causam* et la *condictio sine causa* au sens strict [3].

§ 1. — *Condictio indebiti.*

La *condictio indebiti* [4] est l'action en répétition de l'indû. Elle sanctionne la créance de restitution de celui qui a payé par erreur ce qu'il ne devait pas.

I. Conditions d'existence. — Trois des conditions d'existence de la *condictio indebiti* résultent de sa définition. Il faut, pour qu'elle puisse s'ouvrir, qu'il y ait eu paiement, indû et erreur. De plus, en vertu de règles du droit positif, elle n'est admise que quand le paiement n'a pas été fait en vue de certaines dettes, notamment de celles où le débiteur qui nie est condamné au double.

1. *Paiement.* La *condictio indebiti* suppose d'abord un paiement, une prestation faite en vue d'exécuter une obligation, de l'éteindre par exécution. Elle implique, comme le *mutuum* auquel on l'a souvent comparée, une remise de valeur faite pour atteindre un résultat juridique [5].

Seulement, dans le *mutuum*, ce résultat est la formation d'une obligation ; ici c'est son extinction. De plus, l'obligation née du *mutuum* porte

1. Cf. Pernice, *Labeo*, 3, pp. 215-219 ; 229-232.
2. Baron, *Condictionen*, p. 48 et ss. Pernice, pp. 215-216.
3. *D.*, 12, 4 : *De condictione causa data causa non secuta* ; 5 : *De condictione ob turpem vel injustam causam* ; 6 : *De condictione indebiti* ; 7 : *De condictione sine causa* ; 13, 1 : *De condictione furtiva* ; 2 : *De condictione ex lege*. Cf. sur la théorie des *condictiones sine causa*, de laquelle seule nous nous occupons ici désormais, Pfersche, *Die Bereicherungsklagen*, 1883.
4. *D.*, 12, 6, *De condictione indebiti*. Gaius, 3, 91. *Inst.*, 3, 27, *De obl. quasi ex contr.*, 6 ; 7. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 3, pp. 238-258.
5. La comparaison est faite par Gaius et Justinien. Nos anciens interprètes en ont tiré le nom de *promutuum* donné par eux à ce quasi-contrat.

toujours sur de l'argent ou des choses fongibles, celle née du paiement de l'indû porte sur des objets aussi variés que peuvent l'être ceux des obligations qu'on a voulu exécuter : sur la restitution non seulement d'argent, de denrées, mais de corps certains, d'engagements qu'on a pr is à tort, de créances qu'on a éteintes à tort [1].

2. *Indû*. Il y aura, dit un texte de Paul [2], indû dans trois cas :

a) Quand la dette n'existait pas : peu importe que la dette n'ait jamais existé, ou qu'elle n'existe plus, ou qu'elle n'existe pas encore [3]. Peu importe même que l'inexistence résulte du droit civil ou du droit prétorien qui donnait une exception perpétuelle pour ne pas exécuter [4]. Mais il faut qu'elle n'existe pas *jure naturali* [5]. La *condictio* est exclue, quand l'obligation qu'on aurait pu ne pas exécuter était une obligation naturelle, ainsi une dette contractée en esclavage pour laquelle le créancier n'avait pas d'action en exécution ; une dette d'argent contractée par un fils de famille en face de laquelle le débiteur avait l'exception du sénatus-consulte Macédonien.

b) Quand le paiement a été fait à un autre que le créancier.

c) Quand le paiement a été fait par un autre que le débiteur. Cependant un autre texte du même jurisconsulte dit qu'il n'y a pas de répétition contre celui qui n'a reçu que son dû, *qui suum recepit* [6]. On lève la difficulté en entendant le premier texte du cas ordinaire où la personne a payé en son nom, se croyant débitrice, et le second du cas où elle a payé pour le compte d'autrui, se croyant obligée à payer sa dette [7].

3. *Erreur*. Si on a payé, sachant qu'on ne devait pas, on est réputé avoir voulu faire une libéralité et sans preuve contraire possible [8]. Tout ce qui pourrait arriver ce serait, si on avait voulu gérer l'affaire d'autrui en payant sa dette, qu'on eût contre lui l'action de gestion d'affaires.

Mais, ni dans ce cas, ni dans les autres, on ne peut répéter. On ne peut répéter que quand on a payé par une erreur, qui doit même ne pas être

1. En conséquence, tandis que le *mutuum* ne peut jamais faire naître que la *condictio certae pecuniae* ou la *condictio triticaria*, le paiement de l'indû peut, selon la nature du paiement, faire naître la *condictio certae pecuniae*, la *condictio triticaria* ou la *condictio incerti*.

2. Paul, *D.*, *h. t.*, 65, 9.

3. Exemples : stipulation nulle pour vice de formes ; dette déjà éteinte par paiement ; dette conditionnelle.

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 26, 3 (*F. V.*, 266) : *Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat*.

5. Tryphoninus, *D.*, *h. t.*, 64.

6. Paul, *D.*, *h. t.*, 44.

7. Cette interprétation s'accorde bien avec le langage du premier texte selon lequel le *solvens* a payé *quasi ipse debeat*.

8. Paul, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 53 : *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est*. Ce n'est d'ailleurs qu'une façon de parler et la règle s'applique même quand il n'y a certainement aucune intention de libéralité ; v. par exemple *D.*, 46, 3, *De solut.*, 50.

une erreur trop grossière, être une erreur excusable[1] : ce qui exclut, croyons-nous, l'action au cas d'erreur de droit, sauf pour les personnes inexpérimentées réputées ignorantes de la loi[2], non seulement sous Justinien, mais en droit classique[3].

4. *Absence d'exception.* L'action en répétition de l'indû est exclue quand la prétendue dette appartient à certaines catégories dont la plus sûre est celle des dettes qui croissent au double au cas de dénégation, c'est-à-dire des obligations où le créancier agissait par *manus injectio* au temps des Actions de la loi et où, sous la procédure formulaire, on lui a conservé l'avantage de ne pouvoir être contraint à faire la preuve de son droit sans obtenir la peine du double qu'il aurait pu anciennement exiger du *vindex.* L'explication la plus simple est que, si la répétition de l'indû était admise, le débiteur pourrait éluder la règle et contester le droit sans risquer le double, en payant d'abord et en plaidant ensuite[4].

La preuve[5] de ces quatre conditions devrait, selon le droit commun,

1. Pomponius, *D.*, 22, 6, *De j. et f. ign.*, 3, 1 ; Ulpien, *D.*, 22, 6, *De j. et f. ign.*, 6, *pr.*

2. Mineurs et femmes : *D.*, 22, 6, *De j. et f. ign.*, 9, *pr.* De même on n'entend par la connaissance du droit que celle que peut avoir un particulier ordinaire ou qu'il peut se procurer en consultant une personne compétente (*D.*, 22, 6, *De j. et f. ign.*, 9, 3).

3. Paul, *D.*, 22, 6, *De j. et f. ign.*, 9, *pr.* : *Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Dioclétien, *C.*, 1, 18, *De j. et f. ign.*, 10. Cette règle est déjà connue auparavant de Neratius, *D.*, *h. t.*, 2, et de Labéon, *D.*, *h. t.*, 9, 3. Elle paraît donc avoir été incontestablement admise durant toute la période impériale. La seule question est de savoir comment concilier avec elle un texte de Papinien, *D.*, *h. t.*, 7 (Lenel, 280) disant que l'erreur de droit ne profite pas pour acquérir (par ex. en matière d'usucapion), mais pour éviter une perte (ce qui serait notre cas) et un texte d'Ulpien donnant la *condictio* au cas d'erreur de droit (*D.*, 36, 4, *Ut in poss.*, 1, *pr.*). Mais le texte de Papinien paraît n'avoir tiré son aspect de règle générale que des compilateurs (cf. Lenel, *loc. cit.*, et Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 495, n. 5) ; quant à celui d'Ulpien, on l'explique parfois en disant qu'Ulpien supposait une erreur de droit rentrant dans la catégorie des erreurs excusables (n. 1) : le texte ne le dit pas ; mais, en tout cas, son langage singulier : *Adhuc tamen benigne quis dixerit satisdationem condici posse* indiquerait une décision personnelle proposée timidement, dans un but d'équité, à l'encontre de la doctrine générale. V. sur les divers systèmes les renvois de Windscheid, 2, § 426, n. 14 (ajouter Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 493-496).

4. *Inst.*, *h. t.*, 7. Dioclétien, *C.*, 4, 5, *De cond. ind.*, 4. La maxime obscure *poenae non solent repeti cum depensae sint* pourrait facilement être entendue de peines prononcées, avec la formule *dare damnas esto* et donnant par suite lieu à *manus injectio* et à paiement *per aes et libram.* Mais la position première du texte qui porte cette règle (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 42 : Lenel, 1480) et celle d'un autre texte équivalent (Gaius, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 46 : Lenel, 231) portent plutôt à penser qu'ils déclaraient l'un que les peines régulièrement infligées ne donnent pas lieu à répétition, lors même que les conditions de l'infraction auraient plus tard disparu (cf. Ulpien, *D.*, 43, 5, *De tab. exh.*, 3, 14 : Lenel, 1480 ; *D.*, 48, 14, *De leg. Jul. amb.*, 1, 2 ; *D.*, *h. t.*, 37), l'autre qu'une peine payée pour une infraction par un débiteur ne vient pas en déduction de sa dette. Ils ne constituent donc pas des exceptions indépendantes.

5. Les règles de la preuve en matière de *condictio indebiti* sont posées dans un

incomber à celui qui répète l'indû. Mais on rencontre ici certaines complications. Quant aux deux premiers points, il devra prouver d'abord qu'il a payé, et ensuite qu'il ne devait pas. Mais il existe, au moins sous Justinien, deux cas où la première preuve suffira, où, elle faite, ce sera à l'*accipiens* à prouver l'existence de la dette : celui où il a nié le paiement [1] et celui où le *tradens* est une personne réputée inexpérimentée [2]. Quant aux deux dernières conditions, la preuve sur le point de savoir si le paiement a été fait dans les cas exceptionnels où la répétition est exclue résultera de celle relative à l'erreur dont l'existence ou l'absence ne pourra être établie sans qu'on détermine en vertu de quelle cause on croyait ou non que la dette existait. Mais, quant à l'erreur elle-même, on a contesté que le répétant eût besoin de la prouver, soit pour l'erreur de fait, soit même pour l'erreur de droit, quand elle est admise. A notre sens, le répétant devra la prouver, mais il se trouvera presque toujours l'avoir fait en prouvant l'indû.

II. **Effets de la *condictio*.** — Il n'y a pas de difficulté, quand le montant de l'enrichissement de l'*accipiens* est égal à celui de l'appauvrissement du *tradens*. Le *tradens* peut réclamer exactement ce qu'il a perdu, par la *condictio certae pecuniae*, s'il s'agit d'argent, par la *condictio triticaria*, s'il s'agit d'autres choses certaines, par la *condictio incerti*, s'il s'agit d'un *incertum*. Mais il peut arriver que l'enrichissement de l'*accipiens* soit inférieur à l'appauvrissement du *tradens*, ainsi quand il a reçu un esclave et qu'il l'a affranchi. On se demande s'il doit seulement ce dont il est enrichi, le droit de patronat, ou ce dont l'autre est appauvri, la valeur de l'esclave, et on dit souvent qu'il faut distinguer entre le cas où l'*accipiens* était de mauvaise foi, où il doit tout le préjudice, et celui où il était de bonne foi, où il doit seulement son enrichissement. Mais cette distinction vient d'une confusion : au cas de mauvaise foi, le *tradens* a droit à tout le préjudice causé et même à un peu plus, mais ce n'est pas en vertu des règles de la *condictio indebiti* : c'est en vertu de celles de la *condictio furtiva* ; car nous avons vu qu'il y a *furtum* à recevoir sciemment le paiement de l'indû (p. 413, n. 3). La *condictio indebiti* n'existe donc qu'au cas de bonne foi, pour lequel on pourrait seulement se demander comment s'apprécie l'enrichissement et comment le jeu des principes se concilie avec la rédaction de la formule, en particulier au cas de *condictio certae pecuniae* [3].

texte célèbre dont l'interpolation plus ou moins profonde est à peu près unanimement admise, Paul, *D.*, 22, 3, *De prob.*, 25, *pr.*, 1. 2 : Lenel, 1302. Ses dispositions viennent, croyons-nous, intégralement de Justinien.

1. *D.*, 22, 3, *De prob.*, 25, *pr.*

2. *D.*, 22, 3, *De prob.*, 25, 1.

3. Il n'est pas douteux qu'au moins en règle générale l'action doit avoir pour résultat de faire rendre par le défendeur son enrichissement et seulement son en-

§ 4. — *Condictiones sine causa.*

Les diverses actions en répétition que nous venons d'étudier constituent toutes des *condictiones sine causa*. Mais, comme elles n'englobaient pas la totalité des cas dans lesquels on accordait à la personne appauvrie au profit d'une autre une *condictio*, Justinien a dû admettre une autre *condictio sine causa* au sens strict. Elle intervient dans un nombre plus ou moins étendu de cas où l'enrichissement est sans cause, soit dès le principe, comme par exemple quand un individu a consommé de bonne foi les deniers qui lui avaient été prêtés par un impubère, soit après coup, comme quand un titre de créance est resté entre les mains du créancier après que la dette était éteinte, quand les arrhes sont restées entre les mains du vendeur après que la vente a été exécutée[1]. Mais il ne faudrait pas croire, en partant de là, que cette *condictio* s'applique, à défaut des autres, toutes les fois qu'il y a un enrichissement injuste, ni même, comme on l'a cru longtemps, qu'il y ait alors, à défaut de *condictio*, tout au moins une action prétorienne *in factum*. Il reste certainement, soit dans le droit de Justinien, soit auparavant, des cas multiples où une personne se trouve enrichie aux dépens d'une autre sans que la seconde ait contre la première d'action en indemnité[2].

SECTION II. — Gestion d'affaires.

La gestion d'affaires[3] est l'acte de celui qui, sans en avoir reçu mis-

en termes positifs à la *condictio ob turpem causam* : Dioclétien, *C.*, 4, 7, *De cond. ob turp. caus.*, 7. Il n'y a pas de motif pour traiter différemment la *condictio ex injusta causa* (il en est à la vérité autrement pour les donations entre époux où, dit Gaius, *D.*, 24, 1, *De don. int. vir. et ux.*, 6, l'époux donataire retient *sine causa aut ex injusta causa*, et où il ne doit que ce qui reste au moment de la poursuite, *D.*, *eod. t.*, 5, 18 ; mais cela paraît venir d'une disposition spéciale du sénatus-consulte rendu sur ces donations sous Sévère et Caracalla : Windscheid, 2, § 509, n. 28 ; la *condictio* est d'ailleurs là plutôt, à notre avis, une *condictio sine causa* qu'une véritable *condictio ex injusta causa* au sens propre de Justinien). — Mais ici encore on doit se demander dans quelle mesure l'application des principes se concilie avec les règles des trois *condictiones certae pecuniae*, *triticaria* et *incerti*, et la *condictio certae pecuniae* nous paraît occuper une place particulière en ce que, le montant de la condamnation y étant déterminé par celui de l'*intentio*, le défendeur n'y pourra jamais devoir rien de plus que la somme qu'il a reçue : Dioclétien exclut en conséquence les réclamations d'intérêts en matière de *condictio ob turpem causam*, *C.*, 4, 7, *De cond. ob turp. caus.*, 4.

1. V. l'énumération de Vangerow, 3, § 628, pp. 409-412. Prêts du pupille : p. 520, n. 3. Titre de créance : *C.*, 4, 9, *De cond. ex lege*, 2. Arrhes : *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 11, 6.

2. L'exemple classique est celui des impenses faites par le possesseur de bonne foi sur la chose d'autrui : *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 33. On peut encore citer les cas où la propriété est perdue par suite d'avulsion, p. 333, n. 2, de changement de lit d'un fleuve, p. 333, n. 4. Cf. aussi, en matière de spécification, les observations faites, p. 326, n. 3.

3. *Inst.*, 3, 27, *De obl. q. ex contr.*, 1. *D.*, 3, 5, *De negotiis gestis*. Cf. Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, 1879 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 667-679 ;

sion ni de la loi, comme au cas de tutelle ou de curatelle, ni de l'intéressé, comme au cas de mandat, s'ingère dans l'administration du patrimoine d'autrui pour lui éviter un préjudice. Elle fait naître entre les parties des obligations rapprochées par Gaius et Justinien de celles qui naissent du contrat de mandat : à la charge du gérant d'affaires, *negotiorum gestor*, celle de gérer et de rendre compte sanctionnée par l'action *negotiorum gestorum directa*, à la charge du géré, du *dominus rei gestae*, celle d'indemniser le gérant, sanctionnée par l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Ces actions sont certainement, à l'époque classique, des actions *in jus* et de bonne foi, parfaitement distinctes de celles qui résultent du mandat et de la tutelle. Mais on s'est demandé, d'une part, si elles n'ont pas eu auparavant, comme probablement les actions de mandat (p. 593), une formule prétorienne *in factum* et, d'autre part, si les actions de gestion d'affaires n'ont pas commencé par être une souche commune de laquelle se seraient ensuite progressivement différenciées les actions de tutelle et de mandat. A notre sens, la seconde idée est écartée par l'observation que Cicéron ne paraît encore connaître, à la fin de sa vie, la gestion d'affaires que comme génératrice d'une seule action, tandis que les actions de tutelle et de mandat existaient alors depuis longtemps comme actions directes et contraires *in jus* et de bonne foi [1] ; à l'inverse, la première idée est rendue très vraisemblable non seulement par le texte de Cicéron, mais par l'existence dans l'Album d'un édit où le préteur promet l'action de gestion d'affaires [2], comme il fait pour les actions prétoriennes et comme il ne fait pas pour les actions civiles [3].

Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui*, 1893 ; C. Ferrini, *Bull. Ist. D. R.*, 7, 1894, pp. 85-116 ; Pacchioni, même *Bull.*, 9, 1896, pp. 50-87 ; Huvelin dans Daremberg et Saglio, 7, 1904, v° *Negotiorum gestio* ; Segré, *Studi Moriani*, 2, 1906, pp. 291-345 ; Peters, *Z. S. St.*, 32, 1911, pp. 263-273 ; J. Partsch, *Studien zur Negotiorum Gestio*, 1 (*Sitzungsberichte* d'Heidelberg, 12), 1913.

1. Cicéron, *Top.*, 17, 66 : *Illi (juris consulti) quid socium socio ; quid eum qui negotia aliena curasset ei cujus ea negotia fuissent ; quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret ; quid virum uxori quid uxorem viro tradiderunt.* V. pour les actions de tutelle, p. 221 ; pour les actions de mandat, p. 593. L'opinion contraire a été proposée par M. Wlassak, p. 103 et ss., et adoptée par M. Esmein, *Mélanges*, p. 290. Elle est repoussée pour des raisons différentes des nôtres, par M. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 168, n. 1.

2. *D., h. t.*, 3, *pr.* : *Ait praetor* : '*Si quis negotia alterius, sive quis negotia quae cujusque cum is moritur fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo*'. C'est un point discuté de savoir si cet édit promet, au cas de gestion d'affaires, une action aux deux parties ou seulement au *gestor*. V. dans le premier sens Wlassak, p. 21 ; Pacchioni, *Bull.*, p. 60, n. 6 ; Lenel, *Edictum*, § 35 ; Partsch, pp. 4-10 ; dans le second, Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 576 ; Ferrini, *Bull.*, p. 87 ; Cuq, *Inst.*, 1, p. 201, n. 1 ; Segré, p. 300 et s.

3. Cet argument développé par M. Wlassak a reçu une confirmation singulière de la connaissance plus complète de l'édit de Julien due au livre de Lenel. A la vérité, il a été contesté par MM. Pacchioni et Pernice et par M. Lenel lui-même qui objectait, dans la 1re éd. de l'*Edictum*, pp. 83-85, que les commentaires de

§ 4. — *Condictiones sine causa.*

Les diverses actions en répétition que nous venons d'étudier constituent toutes des *condictiones sine causa*. Mais, comme elles n'englobaient pas la totalité des cas dans lesquels on accordait à la personne appauvrie au profit d'une autre une *condictio*, Justinien a dû admettre une autre *condictio sine causa* au sens strict. Elle intervient dans un nombre plus ou moins étendu de cas où l'enrichissement est sans cause, soit dès le principe, comme par exemple quand un individu a consommé de bonne foi les deniers qui lui avaient été prêtés par un impubère, soit après coup, comme quand un titre de créance est resté entre les mains du créancier après que la dette était éteinte, quand les arrhes sont restées entre les mains du vendeur après que la vente a été exécutée[1]. Mais il ne faudrait pas croire, en partant de là, que cette *condictio* s'applique, à défaut des autres, toutes les fois qu'il y a un enrichissement injuste, ni même, comme on l'a cru longtemps, qu'il y ait alors, à défaut de *condictio*, tout au moins une action prétorienne *in factum*. Il reste certainement, soit dans le droit de Justinien, soit auparavant, des cas multiples où une personne se trouve enrichie aux dépens d'une autre sans que la seconde ait contre la première d'action en indemnité[2].

SECTION II. — Gestion d'affaires.

La gestion d'affaires[3] est l'acte de celui qui, sans en avoir reçu mis-

en termes positifs à la *condictio ob turpem causam* : Dioclétien, *C.*, 4, 7, *De cond. ob turp. caus.*, 7. Il n'y a pas de motif pour traiter différemment la *condictio ex injusta causa* (il en est à la vérité autrement pour les donations entre époux où, dit Gaius, *D.*, 24, 1, *De don. int. vir. et ux.*, 6, l'époux donataire retient *sine causa aut ex injusta causa*, et où il ne doit que ce qui reste au moment de la poursuite, *D.*, *eod. t.*, 5, 18 ; mais cela paraît venir d'une disposition spéciale du sénatus-consulte rendu sur ces donations sous Sévère et Caracalla : Windscheid, 2, § 509, n. 28 ; la *condictio* est d'ailleurs là plutôt, à notre avis, une *condictio sine causa* qu'une véritable *condictio ex injusta causa* au sens propre de Justinien). — Mais ici encore on doit se demander dans quelle mesure l'application des principes se concilie avec les règles des trois *condictiones certae pecuniae*, *triticaria* et *incerti*, et la *condictio certae pecuniae* nous paraît occuper une place particulière en ce que, le montant de la condamnation y étant déterminé par celui de l'*intentio*, le défendeur n'y pourra jamais devoir rien de plus que la somme qu'il a reçue : Dioclétien exclut en conséquence les réclamations d'intérêts en matière de *condictio ob turpem causam*, *C.*, 4, 7, *De cond. ob turp. caus.*, 4.

1. V. l'énumération de Vangerow, 3, § 628, pp. 409-412. Prêts du pupille : p. 520, n. 3. Titre de créance : *C.*, 4, 9, *De cond. ex lege*, 2. Arrhes : *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 11, 6.

2. L'exemple classique est celui des impenses faites par le possesseur de bonne foi sur la chose d'autrui : *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 33. On peut encore citer les cas où la propriété est perdue par suite d'avulsion, p. 333, n. 2, de changement de lit d'un fleuve, p. 333, n. 4. Cf. aussi, en matière de spécification, les observations faites, p. 326, n. 3.

3. *Inst.*, 3, 27, *De obl. q. ex contr.*, 1. *D.*, 3, 5, *De negotiis gestis*. Cf. Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, 1879 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 667-679 ;

sion ni de la loi, comme au cas de tutelle ou de curatelle, ni de l'intéressé, comme au cas de mandat, s'ingère dans l'administration du patrimoine d'autrui pour lui éviter un préjudice. Elle fait naître entre les parties des obligations rapprochées par Gaius et Justinien de celles qui naissent du contrat de mandat : à la charge du gérant d'affaires, *negotiorum gestor*, celle de gérer et de rendre compte sanctionnée par l'action *negotiorum gestorum directa*, à la charge du géré, du *dominus rei gestae*, celle d'indemniser le gérant, sanctionnée par l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Ces actions sont certainement, à l'époque classique, des actions *in jus* et de bonne foi, parfaitement distinctes de celles qui résultent du mandat et de la tutelle. Mais on s'est demandé, d'une part, si elles n'ont pas eu auparavant, comme probablement les actions de mandat (p. 593), une formule prétorienne *in factum* et, d'autre part, si les actions de gestion d'affaires n'ont pas commencé par être une souche commune de laquelle se seraient ensuite progressivement différenciées les actions de tutelle et de mandat. A notre sens, la seconde idée est écartée par l'observation que Cicéron ne paraît encore connaître, à la fin de sa vie, la gestion d'affaires que comme génératrice d'une seule action, tandis que les actions de tutelle et de mandat existaient alors depuis longtemps comme actions directes et contraires *in jus* et de bonne foi [1] ; à l'inverse, la première idée est rendue très vraisemblable non seulement par le texte de Cicéron, mais par l'existence dans l'Album d'un édit où le préteur promet l'action de gestion d'affaires [2], comme il fait pour les actions prétoriennes et comme il ne fait pas pour les actions civiles [3].

Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui*, 1893 ; C. Ferrini, *Bull. Ist. D. R.*, 7, 1894, pp. 85-116 ; Pacchioni, même *Bull.*, 9, 1896, pp. 50-87 ; Huvelin dans Daremberg et Saglio, 7, 1904, v° *Negotiorum gestio* ; Segré, *Studi Moriani*, 2, 1906, pp. 291-345 ; Peters, *Z. S. St.*, 32, 1911, pp. 263-273 ; J. Partsch, *Studien zur Negotiorum Gestio*, 1 (*Sitzungsberichte* d'Heidelberg, 12), 1913.

1. Cicéron, *Top.*, 17, 66 : *Illi (juris consulti) quid socium socio ; quid eum qui negotia aliena curasset ei cujus ea negotia fuissent ; quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret ; quid virum uxori quid uxorem viro tradiderunt*. V. pour les actions de tutelle, p. 221 ; pour les actions de mandat, p. 593. L'opinion contraire a été proposée par M. Wlassak, p. 103 et ss., et adoptée par M. Esmein, *Mélanges*, p. 290. Elle est repoussée pour des raisons différentes des nôtres, par M. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 168, n. 1.

2. *D.*, *h. t.*, 3, *pr.* : *Ait praetor* : '*Si quis negotia alterius, sive quis negotia quae cujusque cum is moritur fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo*'. C'est un point discuté de savoir si cet édit promet, au cas de gestion d'affaires, une action aux deux parties ou seulement au *gestor*. V. dans le premier sens Wlassak, p. 21 ; Pacchioni, *Bull.*, p. 60, n. 6 ; Lenel, *Edictum*, § 35 ; Partsch, pp. 4-10 ; dans le second, Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 576 ; Ferrini, *Bull.*, p. 87 ; Cuq, *Inst.*, 1, p. 201, n. 1 ; Segré, p. 300 et s.

3. Cet argument développé par M. Wlassak a reçu une confirmation singulière de la connaissance plus complète de l'édit de Julien due au livre de Lenel. A la vérité, il a été contesté par MM. Pacchioni et Pernice et par M. Lenel lui-même qui objectait, dans la 1re éd. de l'*Edictum*, pp. 83-85, que les commentaires de

I. Conditions d'existence. — La gestion d'affaires suppose un élément de fait et un élément intentionnel.

L'élément de fait est un acte de gestion. Ce peut d'ailleurs être soit un acte matériel, la réparation d'un mur, l'extinction d'un incendie, soit un acte juridique, celui d'une personne qui se porte caution d'une autre, celui d'une personne qui paie la dette d'une autre pour empêcher le créancier de saisir ses biens, celui surtout de la personne qui défend pour la même raison à un procès intenté contre une autre, hypothèse qui paraît le cas saillant, plus encore d'après sa place dans l'Album que d'après le langage des commentaires[1].

l'édit n'auraient traité dans les fragments conservés que des formules *in jus* et de bonne foi des actions de gestion d'affaires. Mais, ainsi que l'a depuis reconnu M. Lenel, § 35, la preuve que l'édit du préteur a contenu, soit au temps de Julien, soit tout au moins à une époque antérieure, à côté de ces formules *in jus*, des formules prétoriennes *in factum* (dont il reste peut-être même des vestiges dans les commentaires de l'édit codifié par Julien ; v. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, 8-9 et Lenel, p. 35), est dans l'édit rapporté, p. 635, n. 2. Cet édit serait inexplicable si les actions de gestion d'affaires avaient été créées par le droit civil ; car le préteur ne promet par des édits que des actions prétoriennes. Et nous ne croyons même pas avec MM. Ferrini et Karlowa que cet édit ait seulement créé l'action contraire tandis que l'action directe aurait été antérieurement créée par le droit civil. Nous croyons, avec M. Wlassak, que le point de départ a été, ici comme dans les autres cas analogues, dans l'intervention du préteur ; que l'édit, dont les termes peuvent aussi bien s'entendre de l'action directe que de l'action contraire, a été fait pour la première et non pour la seconde. La suite du mouvement a ensuite consisté ici, comme ailleurs, à créer l'action prétorienne contraire à côté de l'action directe, puis à les compléter par une formule civile permettant au juge de tenir compte des prétentions réciproques. Nous ajouterons seulement qu'à notre sens, on complique beaucoup la conception de ce mouvement en considérant comme certain que Cicéron, *Top.*, 17, 66 (p. 635, n. 1), connaît déjà l'action directe de bonne foi. Il parle, dans ce texte, non seulement d'actions civiles, mais d'actions prétoriennes *in bonum et aequum conceptae*, comme est alors l'action *rei uxoriae*. Rien n'empêche donc que l'action de gestion d'affaires dont il parle soit une action prétorienne de ce genre (comme l'action *funeraria*, p. 638, n. 1) et cela devient très vraisemblable si l'on remarque qu'il ne mentionne jamais la gestion d'affaires dans ses listes d'actions de bonne foi (*De off.*, 3, 17, 70 ; *De nat. deor.*, 3, 30, 74 ; *Pro Caecina*, 3, 7). Il connaît déjà l'action prétorienne donnée au géré ; il ne connaît pas l'action prétorienne donnée au gérant, dont parle son contemporain Ser. Sulpicius, dans un texte connu, plus facile à entendre d'une action accordée dans un cas spécial par le magistrat que d'une action figurant déjà dans l'édit : *D.*, *h. t.*, 20 (21), *pr.* : *Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere judicium* ; cf. sur ce texte Karlowa, 1, p. 463, n. 1 ; Pacchioni, *Bull.*, 1892, pp. 55-58). Les actions civiles sont sans doute nées peu après comme en matière de gage, de dépôt et de commodat.

1. V. la justification de l'édit donnée par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1. Cet édit est placé dans l'Album à la fin du titre consacré à la représentation judiciaire (*Textes*, p. 144, n° 35). On admet généralement que la représentation judiciaire a été le cas plus ancien de gestion d'affaires. V. en ce sens Wlassak, p. 57 et ss., Partsch, pp. 13-14 (sur le sens de *negotium* ; cf. les pp. 29-32 sur le caractère général et non spécial de la *gestio negotiorum* visée par l'édit), en sens contraire Karlowa, 2, p. 676, n. 1. M. Partsch a en outre indiqué, pp. 10-34, des raisons de penser qu'avant de prendre la forme mutilée sous laquelle il nous a été transmis l'édit spécifiait expressément que le *dominus* était absent et n'avait pas laissé de mandataire (v. p. 229, n. 4).

L'élément intentionnel est l'intention chez le gérant de gérer l'affaire d'autrui en accomplissant l'acte. Faute de cet élément, celui qui a agi n'aura pas l'action *contraria*, s'il a cru faire sa propre affaire (impenses du possesseur de bonne foi), s'il l'a faite en réalité (acte du débiteur qui paie une dette dont il était tenu pour le tout à côté d'un autre débiteur solidaire), s'il n'avait pas le droit de prétendre faire l'affaire du géré qui le lui avait défendu, duquel par exemple il s'était porté la caution malgré lui[1].

II. Effets. — Le gérant est tenu, par l'action *negotiorum gestorum directa*, de bien et fidèlement gérer et de rendre compte[2].

Le géré est tenu, par l'action *negotiorum gestorum contraria*, d'indemniser le gérant non pas de son temps, mais de ses dépenses. Seulement, tandis que le mandataire, n'étant pas juge de l'utilité du mandat, a droit à toutes ses dépenses conformes au mandat, le gérant d'affaires a uniquement droit à ses dépenses utiles, dont l'utilité s'apprécie *in concreto*, mais d'ailleurs au moment de l'acte et non pas seulement à celui de la réclamation[3]. C'est l'intérêt qu'il y aurait pour lui à ce que le géré ratifiât sa gestion : cette ratification transforme, croyons-nous, la gestion d'affaires en mandat à son profit en lui permettant, s'il veut, d'intenter l'action *mandati contraria* au lieu de l'action *negotiorum gestorum* ; mais elle ne le fait pas à son encontre, elle ne le soumet pas, au lieu de l'action *negotiorum gestorum*, à l'action *mandati directa* qui est infamante et à laquelle il ne peut être soumis sans sa volonté par un acte unilatéral du géré[4].

III. Hypothèses voisines. — On a, plutôt au point de vue de l'application pratique du droit romain qu'à celui de son histoire, beaucoup étudié les cas où, en dépit de similitudes d'ensemble, les actions ordinaires de la gestion d'affaires ne peuvent naître faute d'un de ses éléments essentiels[5]. Nous signalerons seulement deux hypothèses pour

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7 (8), 3. Justinien, *C.*, 2, 18 (19), *De neg. gest.*, 24.
2. *Inst.*, *h. t.*, 1. *D.*, *h. t.*, 10 (11).
3. *D.*, *h. t.*, 9 (10), 1. Des réparations faites à une maison que le propriétaire ne voulait plus entretenir ne fonderont pas l'action ; mais des réparations faites pour empêcher de s'écrouler une maison de rapport qui a été incendiée depuis la feront naître.
4. C'est la conciliation proposée par ex. par Vangerow, 3, p. 508 et ss. entre les textes qui disent que celui qui a ratifié est désormais soumis à l'action de mandat (Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 60), que la ratification équivaut au mandat (Ulpien, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 12, 4) et un autre texte de Scaevola, *D.*, *h. t.*, 8 (9), qui dit qu'il y a toujours gestion d'affaires.
5. Cf. Zimmermann, *Aechte und Unächte negotiorum gestio*, 1872 ; v. Monroy, *Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte*, 1878 ; Kohler, *Jahrbücher* de Ihering, 27, p. 75. Cf. à un point de vue différent sur les actions utiles données quand une des conditions régulières de la *negotiorum gestio* manque, le travail de Partsch, pp. 34-106.

lesquelles le droit romain a créé des actions spéciales : 1° celle où une personne a procédé à la sépulture d'un défunt, et où on lui donne pour se faire rembourser de ses dépenses une action prétorienne *in bonum et aequum concepta*, l'*actio funeraria*, qui est voisine de l'action de gestion d'affaires, mais qui est plus avantageuse, qui n'est pas soumise à toutes ses conditions, qui par exemple existe même quand la personne a agi contrairement à la volonté de l'héritier [1] ; 2° celle où un créancier a été envoyé en possession des biens de son débiteur et où, puisqu'il a agi dans son propre intérêt, il ne peut y avoir gestion d'affaires, mais où l'édit du préteur lui donne une action *in factum* pour se faire rembourser de toutes ses dépenses non frauduleuses et donne contre lui une autre action *in factum* en restitution des fruits qu'il a perçus et des dommages causés par son dol [2].

SECTION III. — **Obligations résultant de la propriété ou de la détention.**

Nous avons déjà relevé, en étudiant les limitations du droit de propriété, beaucoup d'obligations mises à la charge des propriétaires au moyen soit d'actions pénales, soit d'interdits, soit de stipulations prétoriennes. Ce n'est pas ici le lieu de revenir sur la plupart. Mais c'est, à notre sens, parmi les obligations qui ne résultent ni de délits ni de contrats que doivent être placées quatre obligations qui naissent, peut-on dire, *propter rem*, du fait de la propriété ou de la détention de la chose : l'obligation du propriétaire relative à la suppression des travaux qui ont modifié l'écoulement des eaux, sanctionnée par l'*actio aquae pluviae arcendae* ; l'obligation au partage, sanctionnée par les actions *familiae erciscundae* et *communi dividundo* ; l'obligation au bornage, sanctionnée par l'*actio finium regundorum* ; l'obligation de produire une chose sur la demande de celui qui veut intenter une action à son sujet imposée à quiconque en a le pouvoir par l'*actio ad exhibendum*.

1. Cf. Lenel, *Edictum*, § 94. Brinz, 2, p. 655 et ss. L'action est analogue à l'action contraire de gestion d'affaires en ce qu'elle suppose qu'on a agi dans l'intention de faire une avance et non une libéralité (*D.*, 11, 7, *De rel.*, 14, 7) et qu'elle suppose l'absence de mandat (*D.*, *h. t.*, 14, 15). Mais elle existe même quand on a agi à l'encontre de la volonté de l'héritier (*D.*, *h. t.*, 14, 13). De plus, bien qu'ayant fait l'affaire de l'héritier, on est considéré comme ayant fait celle du défunt (*D.*, *h. t.*, 1) et on a sur la succession une créance privilégiée (*D.*, 42, 5, *De reb. auct. jud.*, 17, *pr.*).

2. *D.*, 42, 5, *De reb. auct.*, 9, *pr.* Cf. Windscheid, 2, § 431, n. 14.

§ 1. — *Actio aquae pluviae arcendae.*

L'*actio aquae pluviae arcendae*[1], action personnelle[2] qui date des XII Tables[3], est, à l'époque de la procédure formulaire, une action arbitraire par laquelle le propriétaire d'un fonds rural demande la destruction de travaux qui ont modifié à son préjudice l'écoulement naturel des eaux pluviales[4]. Cette action est donnée non pas contre l'auteur du changement, mais contre le propriétaire du fonds sur lequel il a été fait. Seulement, si c'est lui qui a fait les travaux, ou s'ils ont été faits avec son assentiment, le juge lui prescrira dans son *arbitratus*, faute d'exécution duquel on passera à la condamnation pécuniaire, de remettre ces choses en leur état primitif et de rembourser le préjudice causé par ces travaux depuis l'organisation de l'instance, depuis la *litis contestatio* ; au cas contraire, il lui prescrira seulement de laisser l'intéressé remettre les choses en l'état primitif[5]. Cette action n'était donnée par le droit civil qu'au propriétaire du fonds auquel préjudiciaient les travaux contre celui du fonds sur lequel ils avaient été faits ; mais elle fut étendue, comme action utile, activement et passivement, aux usufruitiers et aux fermiers d'*agri vectigales*[6].

§ 2. — Actions *familiae erciscundae communi dividundo.*

L'indivision[7], la *communio incidens*, est le fait de plusieurs personnes

1. *D.*, 39, 3, *De aqua et aquae pluviae arcendae*. Cf. Burckhardt, dans Glück, série des livres 39-40, 3, 1881 ; Lenel, *Edictum*, § 177 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 481-492.
2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 6, 5.
3. Paul, *D.*, 40, 7, *De statu lib.*, 21, *pr.* ; Pomponius, *D.*, *h. t.*, 22, 2, l'appelle *actio legitima* ; sur *D.*, 43, 8, *Ne quid in loco publ.*, 5, cf. Karlowa, p. 483.
4. L'existence de la clause *si ea res arbitrio tuo non restituetur* est prouvée par les allusions de Pomponius, *D.*, *h. t.*, 22, 1 ; Paul, *D.*, *h. t.*, 11, 1-6 ; Ulpien, *D.*, *h. t.*, 6, 6-7, et déjà d'Alfenus, *D.*, *h. t.*, 24.
5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 6, 6, pour les travaux faits par le propriétaire ; 6, 7, pour ceux faits par autrui.
6. Usufruitier : Pomponius, *D.*, *h. t.*, 22, 2, qui spécifie le caractère utile de l'action (en sens contraire, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, 4 ; cf. Baviera, *Scritti Giuridici*, 1, 1909, pp. 166-177) ; fermier de l'*ager vectigalis* : Paul, *D.*, *h. t.*, 23,1 ; *D.*, 47, 7, *Arb. furt. caes.*, 5, 2 ; Julien, *D.*, *h. t.*, 25, l'accorde même au titulaire d'une servitude prédiale de passage. — V. sur le nouveau rôle donné par voie d'interpolation par Justinien à l'action *aquae pluviae arcendae* utile afin d'assurer une meilleure utilisation des eaux (*D.*, *h. t.*, 1, 11-12 : 2, 5. 6. 9). Perozzi, *Archivio*, 53, 1894, pp. 350-377 et sur le lien mis entre cette innovation et l'influence chrétienne par la doctrine de M. Riccobono citée, p. 78, n. 5, l'article cité là de M. Baviera, pp. 86-87.
7. *Inst.*, 3, 27, *De obl. q. ex. contr.*, 3, 4. *D.*, 10, 2, *Familiae erciscundae* ; 10,3, *Communi dividundo*. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 171-176. Audibert, *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 1-37. *N. R. H.*, 1904, pp. 273-305. 401-439. 149-697 ; Ad. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, 1912, et les comptes-rendus de Fehr, *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 576-582 ; Kuebler, *K. V. J.*, 16, 1914, pp. 37-46 ; B. Biondi, *B. Ist.*, *D. R.* 25, 1912, pp. 267-

qui sont dans l'état de copropriété. Elle peut résulter de causes très variées, soit de la volonté des parties qui ont mis quelque chose en commun, soit de la volonté d'un tiers qui les a instituées héritières, soit d'une disposition de la loi qui les appelle ensemble à l'hérédité ab intestat, soit d'autres causes encore. Elle fait naître entre les copropriétaires des obligations réciproques qui sont sanctionnées par l'action *familiae erciscundae*, si l'indivision porte sur une hérédité, par l'action *communi dividundo*[1], si elle porte sur toute autre chose. Ces deux actions dont la première date des XII Tables [2] et la seconde est sans doute plus récente, sont toutes deux de bonne foi à l'époque des Sévères sans qu'on puisse établir sûrement depuis quand il en est ainsi [3]. Elles sanctionnent l'une et l'autre deux obligations distinctes : 1° l'obligation pour chaque communiste de concourir, sur la demande de n'importe lequel des autres, au partage [4], obligation plus attachée à la chose qu'à la personne et qui, au cas d'aliénation, passe par exemple, avec la copropriété, de l'aliénateur à l'acquéreur [5] ; 2° l'obligation, plus attachée à la personne, de faire participer les autres copropriétaires aux profits qu'on a tirés du bien commun et de contribuer aux dépenses qu'ils ont faites pour le compte commun (*communicatio lucri et damni*) [6], chacun étant envers les autres

273, et Audibert, *N. R. H.*, 38, 1914-1915, pp. 642-650 ; B. Biondi, *La Legitimazione processurale nelle azioni divisorie romane*, Pérouse, 1913.

1. Cf. sur son extension aux non-propriétaires, Berger, pp. 26-93 et B. Biondi, *Legitimazione processurale*.

2. *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Haec actio proficiscitur e lege XII tabularum*. Elle s'intentait probablement, sous les Actions de la loi, par *judicis postulatio*. Cf. Cicéron, *Pro Caec.*, 7, 49 . *Pro Mur.*, 12, 27. *De or.*, 1, 56, 237 et Lenel, *Edictum*, § 80 (mention de la *postulatio judicis* dans la *demonstratio* de la formule).

3. Cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 108. Justinien les cite toutes deux dans son énumération des actions de bonne foi. Mais elles font défaut dans celles de Q. Mucius Scaevola et de Cicéron ; elles ne figurent pas non plus dans celle de Gaius, 4, 62, telle qu'elle nous a été transmise. Les premiers témoignages sont, pour l'action *familiae erciscundae*, Gordien, *C.*, 3, 36. *F. E.*, 9, et pour l'action *communi dividundo*, des textes du temps des Sévères (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 4, 2 ; Paul, *D.*, *h. t.*, 14, 1) si l'on admet les doutes exprimés par Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 108, n. 1, contre Julien, *D.*, *h. t.*, 24, *pr.*

4. *C.*, 3, 37, *Comm. div.*, 5 : *In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*. Ce droit ne peut, à Rome, être exclu à perpétuité ni par une convention ni par une disposition testamentaire ; il pourrait seulement l'être pour un temps, par une disposition laissée à l'appréciation du juge (*D.*, 10, 3, *Comm. div.*, 14, 2).

5. *D.*, 10, 3, *Comm. div.*, 6, 1.

6. *D.*, 10, 3. *Comm. div.*, 3, *pr.* Il faut, pour que le communiste ait l'action à raison de ses dépenses ou des engagements qu'il a pris, qu'il n'ait pu sauvegarder ses intérêts propres sans sauvegarder les intérêts communs ; sans cela, il serait un gérant d'affaires protégé seulement par l'action de gestion d'affaires (*D.*, 10, 3, *Comm. div.*, 6, 2. 7). — Les différentes prestations qui font l'objet de la créance : *damna, impensae, fructus*, ont été étudiées en dernier lieu dans l'ouvrage de M. Berger, pp. 102-198, auquel pp. 190-241, et à ses critiques cités pp. 639, n. 7, on peut également renvoyer pour la mesure dans laquelle les actions sont

responsable de la faute qu'il ne commet pas dans l'administration de ses propres affaires (*culpa levis in concreto*)[1].

On sait déjà (pp. 37. n. 1. 319) que, pour sanctionner la première obligation, le préteur donne au juge, dans une clause spéciale de la formule, qui ne se trouve que dans les formules d'actions en partage et en bornage, le pouvoir de transférer la propriété. Pour sanctionner la seconde, comme aussi pour balancer par une indemnité en argent l'attribution de propriété plus étendue faite à l'un des copropriétaires, le juge a, comme dans toutes les actions, le pouvoir de condamner [2]. Mais si la formule de nos actions était, comme les formules ordinaires, une formule unilatérale, prescrivant de condamner ou d'absoudre le défendeur au profit du demandeur, il ne pourrait prononcer de condamnation ni logiquement même d'adjudication qu'au profit du demandeur. Or, il faut,

accordées sans suppression de l'indivision, c'est-à-dire malgré son maintien et avant sa cessation. V. encore auparavant A. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 171-176 et Audibert, *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 1-37. *N. R. H.*, 1904, pp. 273-305. 401-439. 649-697. — Mais la question de savoir quelles sont les créances et les dettes résultant de l'indivision est précédée logiquement par la question de savoir quelle est, durant l'indivision, le droit de chaque copropriétaire sur la chose commune. Cette question que nous ne faisons ici que signaler a fait dans les dernières années, particulièrement en Italie, l'objet d'une littérature abondante. Bon résumé à la fois théorique et pratique, indiquant les dissentiments théoriques et les points concrets sur lesquels il y a accord ou controverse chez Bonfante, *B. Ist. D. R.*, 25, 1913, pp. 193-220. Il y a d'assez nombreuses contradictions de textes qui s'expliquent sans doute en partie par des changements législatifs de Justinien, par ex. pour le droit de réparer la chose commune, pour le *jus prohibendi* (cf. Perozzi, *Mélanges Girard*, 2, pp. 355-386 ; Bonfante, *Rendiconti dell Ist. Lomb.*, 46, 1913, pp. 665-694 ; Berger, *K. V. I.*, 16, 1914, pp. 132-136 et les citations), pour le *jus adcrescendi* en cas d'affranchissement ou de *derelictio* par l'un (Bonfante, *Rendiconti*, 46, 1913, pp. 831-844). V. en outre en dernier lieu le commentaire étendu du long fragment, *D.*, 10, 3, *C. D.*, 14, contenu dans l'ouvrage de M. Riccobono, *Dal Diritto romano classico al diritto moderno*, 1917.

1. *D.*, 10, 2, *F. E.*, 25, 16 (sur l'interpolation du texte où la transformation de la *culpa levis* en *culpa levis in concreto* vient sans doute des compilateurs, v. en dernier lieu Berger, pp. 131-134).

2. On a souvent pensé avec vraisemblance que les actions en partage ont servi à sanctionner uniquement l'obligation de sortir l'indivision avant celle du règlement des dépenses et des profits résultant de l'indivision et je crois même qu'à l'époque la plus ancienne les deux actions tendaient uniquement à une *adjudicatio* sans pouvoir aboutir à une *condemnatio*, pas plus à raison des inégalités du partage ou de l'attribution de la chose à un seul (licitation, partage avec soulte) qu'à raison des profits et des pertes faits pendant l'indivision. Cela soulève la question de savoir comment s'est opérée l'extension. M. Audibert a pensé qu'elle aurait été réalisée par l'insertion, dans la formule des deux actions, d'une véritable formule ayant son *intentio* et sa *condemnatio* propres, qui, d'une part, n'aurait pas été double (p. 642, n. 1) ou du moins ne l'aurait pas été nécessairement, qui, d'autre part, aurait été de bonne foi dès le principe et l'aurait été seule jusqu'à Justinien. Mais cette hypothèse nous paraît se heurter à des objections sérieuses. V. Kuebler, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 446-449 et Lenel, *Edictum*, pp. 202-203.

pour faire cesser l'indivision, qu'il ait le droit de faire des adjudications au profit de tous, de prononcer des condamnations au profit de tous, de façon à ne condamner, tout compte fait, qu'à un reliquat un ou plusieurs d'entre eux qu'on ne peut connaître d'avance. Pour atteindre ce résultat, la formule simple ordinaire est, dans notre cas comme dans quelques autres, remplacée par une formule double où chacun est à la fois demandeur et défendeur, où le juge peut donc prononcer des adjudications et des condamnations au profit et à l'encontre de chacun[1].

§ 3. — *Actio finium regundorum.*

L'action *finium regundorum*[2] est, dans les compilations de Justinien, l'action par laquelle un propriétaire rural demande à son voisin de procéder au bornage, à la fixation de limites ignorées ou contestées. Comme les actions en partage, c'est une action double où chaque partie joue les rôles de demanderesse et de défenderesse et une action dont la formule contient une *adjudicatio* donnant au juge le pouvoir de transférer la propriété[3]. Mais, tandis que les actions en partage sont, au moins dans leur dernier état, des actions de bonne foi, rien n'indique que l'*actio finium regundorum* ait jamais eu ce caractère. Ensuite, tandis qu'au cas de partage l'usage fait par le juge du pouvoir d'adjuger

1. D'après les règles ordinaires, tout ce qu'on aurait pu faire, ç'aurait été de répondre à l'action par laquelle on était poursuivi, en intentant son action propre et en demandant que les deux actions fussent renvoyées au même juge, qui, en vertu d'un principe incontesté pour les actions de bonne foi dès le début de l'époque classique, pouvait, si les satisfactions étaient fournies au cours du procès, absoudre les deux ou ne condamner qu'à un reliquat. Et on a soutenu qu'il en était ainsi même pour nos actions (Accarias, 2, 760). Suivant une doctrine plus répandue et que nous croyons meilleure, on délivrait une formule unique, où l'*adjudicatio* donnait le pouvoir de faire adjudication à l'une ou l'autre des parties, où l'*intentio* soumettait au juge leurs créances réciproques (*quidquid alterum alteri praestare oportet*) et où la *condemnatio* lui donnait le pouvoir de condamner l'une ou l'autre (*judex alterum alteri condemnato*). Cf. Keller, § 40, n. 458 ; Lenel, §§ 80-81. On a invoqué, en sens contraire, la formule de l'*adjudicatio* donnée par Gaius, 4, 42 : *Quantum adjudicari oportet Titio adjudicato*, qui prouverait que l'*adjudicatio* ne peut avoir lieu qu'au profit du demandeur de chaque formule ; mais le mot *Titio*, qui n'est pas celui par lequel on désigne le demandeur d'une formule unilatérale, peut être soit le commencement d'une énumération, *Titio*, *Seio*, etc., soit une corruption de *tantum* ou même de *cui oportet*. Il ne prouve donc rien. En revanche, le droit du juge de condamner *alterum alteri* est visé par de multiples allusions des commentaires (*D.*, 10, 2, *F. E.*, 52, 2 ; *D.*, 10, 3, *C. D.*, 6, 10. 11 ; 10, 1) et l'unité de formule elle-même est, comme le remarque M. Audibert, *N. R. H.*, 1904, p. 403, n. 2, affirmée par des textes (*D.*, 2, 1, *De juris d.*, 11, 2 ; *D.*, 10, 2, *F. E.*, 27).

2. *D.*, 10, 1, *Finium regundorum*. Cf. Rudorff, *Z. R. G.*, 10, 1862, pp. 343-437 ; *Schriften der römischen Feldmesser*, 2, 1852, pp. 422-445 ; Karlowa, *Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocess*, 1865, pp. 141-162 et *R. R. G.*, 2, pp. 459-465 ; Bekker, *Aktionen*, 1, pp. 235-244 ; Glasson, *Grande Encyclopédie*, v° *Bornage*.

3. *Inst.*, 4, 17, *De off. jud.*, 6. Cf. p. 319.

sera la règle, il sera ici l'exception : le juge se contentera en général de reconnaître la propriété ; il ne la déplacera que dans deux cas : d'abord pour donner aux fonds des limites plus visibles, plus naturelles, plus régulières ; puis pour se tirer d'affaire en traitant le terrain comme un terrain indivis et en le partageant, quand il est impossible de discerner les limites antérieures. Enfin, tandis que l'action en partage s'applique à toute espèce de biens, l'action en bornage le fait seulement aux propriétés non bâties, aux fonds ruraux : les fonds urbains, les propriétés bâties, le seront aux limites des XII Tables ou bien elles seront séparées par un mur[1].

Mais, s'il n'y a rien de plus à dire sur les caractères de l'action *finium regundorum*, telle qu'elle existe sous Justinien, elle a eu pendant longtemps une physionomie beaucoup plus originale, qu'on méconnaît encore parfois en admettant sans examen la similitude du droit de Justinien et du droit antérieur et dont il reste une trace dans le droit de Justinien : le précepte que le juge n'y tient pas compte de la prescription ordinaire, mais uniquement de la prescription de trente ans.

Le système antérieur, sur lequel les principaux renseignements sont fournis par les ouvrages des arpenteurs, par le code Théodosien et par les Basiliques, a pour assise la distinction de deux ordres du procès : la *controversia de loco* et la *controversia de fine*[2].

1. *Controversia de fine*. Le *finis*[3] est la lisière de cinq pieds (*finis quinque pedum*) à raison de deux pieds et demi pris sur chaque champ qui devait, selon la loi des XII Tables et une loi Mamilia postérieure,

1. *D.*, *h. t.*, 4, 10.

2. Frontin, *De controv. agr.*, 1, 9 (Bruns, *Fontes*, 2, p. 88) : *Materiae controversiarum sunt duae, finis et locus*. 2, 37 : *Omne genus controversiarum constat aut in fine aut in loco*. Il faut même d'après certains textes sous-distinguer la *controversia de fine* et la *controversia de rigore* qui sont des subdivisions de la *controversia de fine* (v., dans Bruns, *Fontes*, 2, p. 88, Frontin, *De controv.*, 1, 11 : *De rigore controversia est... quotiens inter duos pluresve terminos ordinatos, sive quae alia signa secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur* ; 1, 12 : *De fine similis est controversia* ;... *nam et eadem lege continetur et de quinque pedum agitur latitudine*), se rapportant, suivant une idée vraisemblable de M. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 461, à la distinction faite par la loi Mamilia entre les *agri limitati* (*controversia de rigore*) et les *agri arcifinales* (simple *controversia de fine*).

3. Frontin, *De controv.*, 1, 11, 12 (n. 2). Hyginus, 126, 3-8. 127, 13-17 et notamment 126, 3 : *De fine si ageretur. Quae res intra pedum quinque aut sex latitudinem quaestionem habet, quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat vel circumactus aratri. Quod usucapi non potest*. Cicéron, *De leg.*, 1, 21 : *Controversia nata est de finibus, in qua quoniam usucapionem XII tabulae intra quinque pedes esse noluerunt... nec Mamilia lege singuli, sed ex XII tres arbitri fines regemus*. Isidore, *Orig.*, 5, 25, 11 (Bruns, *Fontes*, 2, p. 81). V. aussi le texte grec rapporté par Heimbach, *Observationum juris Graeco-Romani lib. I*, 1839, p. 54, qui oppose l'*actio finium regundorum* donnée pour l'espace de cinq pieds et l'action réelle donnée pour ce qui dépasse cette étendue et les autres témoignages byzantins invoqués dans le même sens par Cujas, *Rec. ad lib. X Dig., tit. Fin. reg.*, 1 (éd. Fabrot, 7, p. 496) et *Paratitla ad Cod.* 3, 39, 1 (éd. Fabrot, 2, p. 97).

être laissée libre entre les héritages ruraux, de façon à ce que chacun des deux propriétaires pût y passer et y retourner sa charrue (*iter ad culturas et circumvectus aratri*), et qui était soustraite à l'usucapion par les XII Tables[1]. C'est spécialement pour le cas où ces *fines* sont contestés qu'est organisée l'action *finium regundorum*. Les controverses qui leur étaient relatives étaient tranchées, d'après les XII Tables et la loi Mamilia, par des *arbitri*, des jurés pris parmi les gens à ce compétents, parmi les *mensores*[2], qui étaient au nombre de trois pour chaque procès, selon les XII Tables, dont le chiffre fut réduit de trois à un par la loi Mamilia[3], et qui se réglaient principalement, sinon exclusivement, sur les bornes, les livres cadastraux et les titres de propriété pour tracer les limites d'après les règles de leur art[4]. En tout cas, ils ne tenaient pas compte de l'usucapion, exclue par les XII Tables, et si les limites ne pouvaient être discernées ou eur semblaient défectueuses pratiquement, ils pouvaient en tracer de nouvelles et adjuger dans ce but un morceau de terrain à une partie en condamnant l'autre à lui payer en retour une indemnité[5].

2. *Controversia de loco*. A la *controversia de fine*, qui est le domaine propre de l'action *finium regundorum*, es opposée la *controversia de loco* qui est celle sur laquelle il y a le plus d'obscurités. Le *locus* est tout terrain excédant la lisière de cinq pieds des XII Tables. Les procès qui y sont relatifs sont certainement tranchés non par des hommes du métier, des *agrimensores*, mais par des jurés ordinaires qui pourront seulement consulter les *agrimensores* comme experts. Certainement aussi, on y tient compte de l'usucapion. Seulement, d'après certains interprètes, l'action est néanmoins l'action *finium regundorum* et le juge a toujours le pouvoir d'adjudication ; d'après une autre doctrine que

Les *sex pedes* dont parlent quelques textes et notamment celui d'Hyginus s'expliquent probablement, comme pense M. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 463, par des coutumes locales entraînant dans certaines régions une différence de *latitudo*.

1. Cicéron, *De leg.*, 1, 21 ; Hyginus, 126, 3 (p. 643, n. 3).

2. Cassiodore, *Var.*, 3, 52, 8 : *Agrimensori vero finium lis orta committitur ut contentionum protervitas abscidatur. Judex est utique artis suae, forum ipsius agri deserti sunt.*

3. Cicéron, *De leg.*, 1, 21 (p. 643, n. 3). M. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 463, croit en outre trouver dans le langage de Frontin, p. 643, n. 1, la preuve qu'aux termes de la loi Mamilia l'*actio finium regundorum* avait pour arbitre tantôt un *mensor* et tantôt un *judex* ordinaire, le *mensor* au cas de *controversia de rigore*, relative à un *ager limitatus*, et le *judex* au cas de *controversia de fine*, relative à un *ager arcifinalis*.

4. Cf. cependant, contre la doctrine exagérée de Rudorff selon laquelle les arbitres seraient là soustraits à toutes les règles du droit, Karlowa, *Beiträge*, pp. 151-153.

5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, 1.

nous croyons meilleure, l'action est la revendication ordinaire et la formule n'y donne donc pas au juge le pouvoir d'adjuger[1].

La distinction des deux catégories de procès subsista, croyons-nous, jusqu'à Justinien[2] : elle nous paraît, en revanche, avoir été supprimée par lui[3]. Il généralisa les règles de la *controversia fine*, mais en les remaniant. L'adjudication, qui n'existait auparavant que dans la *controversia de fine*, est admise dans toutes deux ; l'usucapion, qui n'était auparavant exclue que de la *controversia de fine*, est exclue des deux. Mais la prescription trentenaire est admise dans toutes deux[4] et dans toutes

1. La première doctrine a été soutenue par Rudorff, qui, en dehors d'une lecture, à notre avis corrompue, du texte d'Isidore, *Orig.*, 5, 25, 11, invoquait surtout en ce sens un texte de Paul, *D.*, *h. t.*, 4, *pr.*, où le mot *locus* est pris non pas dans son sens technique de terrain excédant les cinq pieds, mais dans le sens d'endroit de la limite à tracer. La doctrine contraire a été victorieusement établie par M. Karlowa, *Beiträge*, pp. 142-151. Elle résulte déjà des textes cités p. 643, n. 2 et 3. Elle est encore plus clairement exprimée par un témoignage de Frontin disant que, si par maladresse on a intenté l'action *finium regundorum* pour un terrain dépassant cette étendue, la sentence sera nulle. Frontin, 43, 22 : *Cum enim modum loci nulla forma praescribit et controversia oritur, solent quidam per imprudentiam mensores arbitros conscribere aut sortiri judices finium regundorum causa, quando in re praesenti plus quidem quam de fini regundo agatur. Sic fit ut post sententia inrita sit et rescindi possit quod aut judex aut arbiter pronuntiaverint ; neque ullum commissum faciat, qui sententiam non sit secutus quando de alia re judicem aut arbitrum sumpserint.* Frontin, 44, 4-9, dit aussi que, quand on agit *de loco*, on procède par voie d'interdit, si on a la possession, et au cas contraire, en changeant de formule, par voie de réclamation de la propriété quiritaire (*mutata formula jure quiritium peti debet proprietas loci*), tandis que, comme on sait, l'action *finium regundorum* est une action personnelle.

2. Le *C. Th.*, 2, 26, *De fin. reg.*, 8-5, contient trois constitutions, l'une de 331 de Constantin, l'autre de 385 de Valentinien, Théodose et Arcadius et la dernière de 392 de Théodose, Honorius et Arcadius, dont le sens est encore discuté. Suivant la doctrine de Rudorff, Constantin aurait soustrait, dans la première, la *controversia de loco* à l'influence des *agrimensores*, la seconde aurait eu pour but de supprimer les différences existant entre la *controversia de fine* et la *controversia de loco*, en les soumettant toutes deux à la compétence des *agrimensores* et en étendant aux deux l'exclusion de l'usucapion, puis cette innovation aurait été écartée par la constitution de 392. Suivant M. Karlowa, la constitution de 331 ne fait qu'appliquer le droit préexistant en décidant que la *controversia de fine* seule doit être déférée à un arbitre et que la *controversia de loco* doit l'être au gouverneur, la constitution de 385 a pour but de déclarer que les *quinque pedes* sont soustraits à la *praescriptio longi temporis* comme à l'usucapion et la constitution de 392 ne fait que la confirmer.

3. C'est à peu près le seul point sur lequel nous nous écartons des solutions de M. Karlowa, qui considère la distinction comme ayant subsisté même après Justinien. La preuve décisive du contraire nous paraît fournie par l'absence de toute définition des *fines* dans ses compilations : ce serait inexplicable, si l'action *finium regundorum* continuait à ne s'appliquer qu'aux *quinque pedes* ; c'est tout naturel, si elle s'applique désormais à tous les terrains limitrophes. Quant aux textes byzantins (p. 643, n. 3) invoqués par M. Karlowa, il faut y voir soit une reproduction maladroite de règles abrogées, soit le vestige d'une résurrection des anciennes règles postérieure à Justinien. V., en ce sens, Bekker, *Aktionen*, 1, p. 237, n. 26.

4. *C.*, 7, 40, *De annali except.*, 1, 1, *d.* Suivant M. Karlowa, p. 157, cette réforme aurait déjà été tout au moins entreprise par Valentinien III.

deux les juges sont les juges ordinaires auprès desquels les arpenteurs ne sont que des experts.

§ 4. — *Actio ad exhibendum.*

L'action *ad exhibendum* [1], action civile d'antiquité incertaine [2], sanctionne l'obligation, mise à la charge de celui qui a une chose entre les mains, de la présenter, de l'exhiber [3] sur la demande de quiconque veut intenter une action relativement à cette chose.

Cette obligation est, comme les précédentes, plutôt attachée à la chose qu'à la personne ; mais, au lieu de peser sur le propriétaire, elle pèse sur celui qui a la possibilité d'exhiber, ne fût-il qu'un simple détenteur [4], et aussi en vertu d'une extension pénale faite ici plus vite que dans les actions réelles, sur celui qui s'est mis par son dol dans l'impossibilité d'exhiber [5].

Quant à la personne qui peut intenter l'action, elle appartient à celui qui a besoin de la production de la chose pour intenter une action à son sujet, ainsi en première ligne à celui qui veut intenter la revendication et qui a besoin pour le faire de s'assurer que la chose est entre les mains d'une personne, qui a besoin aussi pour le faire que la chose qui a perdu son individualité par sa réunion à une autre chose la recouvre au moyen

1. *D.*, 10, 4, *Ad exhibendum*. Cf. Demelius, *Die Exhibitionspflicht,* 1872 ; Lenel, *Edictum*, § 90 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 442-454 ; Siber, *Passivlegitimation bei der Rei vindicatio,* 1907 ; G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen,* 1910, pp. 1-45 ; Lenel, *Z.* de Grünhut, 1910, pp. 515-552.

2. Son caractère d'action civile est, d'après l'opinion dominante que nous croyons vraie, attesté par Aristo, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 16, 1. Quant à son antiquité, on la fait parfois remonter aux XII Tables (Accarias, 2, p. 876) et il faudrait nécessairement aussi la faire remonter aux temps les plus reculés dans la doctrine de Ihering, *Actio injuriarum,* p. 45, suivie primitivement par M. Cuq, *Institutions*, 1, 1re éd., p. 91, n. 1 ; p. 269, n. 1 ; 2, p. 706, n. 3 ; selon laquelle l'*actio ad exhibendum* aurait, à côté de l'action *furti*, protégé les propriétaires de *res nec mancipi* avant qu'on ne leur accordât la revendication (cf. p. 256). Mais aucun des textes qu'on a invoqués pour soutenir que l'action *ad exhibendum* aurait figuré dans les XII Tables (*Inst.*, 2, 1, *De R. D.*, 29 ; *D., h. t.*, 9, 6 : *Secundum legem* ; Pline, *N. H.*, 16, 5, 15 : XII Tables, 7, 10) n'est décisif à notre sens. Les plus anciennes mentions sûres qu'on en possède remontent seulement aux jurisconsultes de la fin de la République et du début de l'Empire (Aquilius Gallus, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 17, 6 ; Alfenus Varus, *D., h. t.*, 19 ; Labéon, *D., h. t.*, 7, 7 ; 11, 1 ; 15). Sans doute elle eût été particulièrement utile comme préliminaire du *sacramentum in rem* qui exige impérieusement la présence de la chose. Mais cette utilité ne suffit pas à elle seule à déterminer la date du moyen. Cf. Bekker, *Aktionen*, 1, p. 225, n. 42 ; v. aussi Demelius, pp. 255-259, dont les objections contre la possibilité de l'action avant l'époque formulaire nous paraissent d'ailleurs exagérées.

3. Paul, *D., h. t.*, 2 : *Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia.*

4. Ulpien, *D., h. t.*, 5, *pr.* : *Eos qui facultatem exhibendi habent ad exhibendum teneri.* Exemples : *D., h. t.*, 4 ; 5. En conséquence, l'action est, à notre sens, une action personnelle *in rem scripta* dont l'*intentio* n'indique pas le nom du défendeur.

5. Labéon, *D., h. t.*, 15. Cf. p. 348, n. 3.

de la séparation ; puis par celui qui veut intenter une action noxale à raison du délit d'un esclave ou d'un animal et qui demande en conséquence la production de cet esclave ou de cet animal ; par celui encore qui, ayant été victime d'un délit, veut, pour savoir s'il peut intenter l'action noxale, vérifier si l'auteur du délit se trouve parmi les esclaves d'une personne et lui demande donc de les exhiber tous ; par le bénéficiaire d'un legs d'option qui, avant d'agir en délivrance de son legs, demande la production des choses entre lesquelles il a le droit de choisir [1]. Mais, malgré les formules larges de certains textes [2], elle ne peut être intentée que lorsque l'exhibition a pour but de permettre l'exercice d'une action. C'est la principale raison [3] pour laquelle on a créé, à côté de l'action *ad exhibendum* ordinaire, certaines voies de droit spéciales relatives non seulement à des cas où l'exhibition ne présente pas d'intérêt pécuniaire pour le demandeur (interdit populaire *de homine libero exhibendo* donné à tout le monde pour réclamer la production d'un homme libre injustement détenu ; interdits *de liberis exhibendis*, donné au père pour ses enfants, *de uxore exhibenda*, donné au mari pour sa femme), mais à des cas où l'intérêt pécuniaire existe parfaitement (interdit *de tabulis exhibendis* pour demander la production d'un testament où l'on se croit gratifié ; action *in factum* donnée contre le banquier qui refuse la communication de ses livres).

L'action *ad exhibendum* aboutit comme toutes les actions, sous le système formulaire, à des dommages-intérêts égaux au préjudice causé par le défaut d'exhibition. Mais c'est une action arbitraire où le juge ne passera à la condamnation que si le défendeur ne procède pas sur son invitation à l'exhibition prescrite par lui [4].

1. Action en revendication : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1 : *Haec actio... maxime propter vindicationes introducta est* ; cf. p. 335, n. 6. Autres actions réelles : *D.*, *h. t.*, 3, 3. Action noxale : *D.*, *h. t.*, 3, 7. Legs d'option : *D.*, *h. t.*, 3, 6. Interdit : *D.*, *h. t.*, 3, 5. *Actio furti* : *D.*, *h. t.*, 12, 2 (contre la restriction à l'action *furti noxalis* faite par Demelius, v. Karlowa, p. 445).

2. Des textes la donnent à quiconque a intérêt à l'exhibition (v. par ex. *D.*, *h. t.*, 3, 9 ; 19). Mais les jurisconsultes eux-mêmes remarquent que c'est une formule trop large (*D.*, *h. t.*, 19 ; 3, 11).

3. Nous disons la principale raison, nous ne disons pas la seule. V., pour les détails, Demelius, pp. 225-253. La différence de portée de l'action *ad exhibendum* et de ces moyens spéciaux se manifeste notamment par l'existence à côté d'eux de l'action dans les cas où son rôle de moyen préliminaire d'un procès est concevable ; ainsi en face de l'interdit *de homine libero exhibendo*, comme préliminaire de la *vindicatio in libertatem* : *D.*, *h. t.*, 12, *pr.* ; en face de l'interdit *de tabulis exhibendis*, pour demander l'exhibition du testament, quand on est l'héritier testamentaire et qu'on pourra ensuite revendiquer ce testament : *D.*, 29, 3, *Test. quemadm.*, 3 ; cf. *D.*, *h. t.*, 3, 8 ; en face de l'*actio in factum*, pour demander l'exhibition des titres, quand on en est propriétaire et qu'on pourra ensuite les revendiquer : *D.*, *h. t.*, 3, 14.

4. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 31 ; 4, 17, *De off. jud.*, 3.

SECTION IV. — Obligations résultant des liens de parenté et de patronat (dot, aliments).

Le devoir des parents de doter leurs enfants et de les nourrir, celui des enfants de secourir leurs parents dans le besoin, les devoirs analogues d'assistance existant entre patrons et affranchis étaient connus par l'ancien droit, mais ils l'étaient seulement en qualité de devoirs moraux qui ne faisaient pas naître d'actions et que l'organisation de la famille aurait empêchés d'en faire naître entre parents et enfants, sinon entre patrons et affranchis. La législation impériale les a transformés, dans certains cas, en véritables obligations invocables devant l'autorité publique, non pas à la vérité suivant la procédure ordinaire des formules, mais suivant la procédure administrative extraordinaire.

Celle de ces obligations dont l'origine est le mieux connue est l'obligation imposée aux parents de doter la fille sans fortune. Elle remonte à la loi Julia *de maritandis ordinibus*, qui obligeait le père à doter sa fille, soit explicitement, soit peut-être seulement implicitement en lui défendant d'empêcher son mariage sans motifs, mais de laquelle en tout cas un rescrit de Sévère et de Caracalla déduisit explicitement notre obligation[1]. Cette obligation, imposée d'abord seulement au père de la fille en puissance, paraît avoir été ensuite étendue au père de la fille émancipée[2] et elle a même été imposée à titre exceptionnel à la mère[3].

Le droit réciproque de se réclamer des aliments[4] a été introduit, à une date ignorée de la même période, entre ascendants et descendants et entre patrons et affranchis[5]. Il est déjà réglementé par des constitutions d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle qui indiquent comme conditions l'état de dénuement du demandeur et l'existence de ressources chez le défendeur. L'origine du système a sans doute été dans la pratique administrative des consuls, qui paraissent avoir été la première autorité appelée à statuer sur de pareils litiges[6]. Ils auront probablement commencé

1. Marcien, *D.*, 23, 2, *De R. N.*, 19. V. les observations déjà faites, p. 158, n. 1, sur le texte.

2. V. en ce sens Windscheid, 3, § 493, n. 4 et les renvois.

3. Dioclétien, *C.*, 5, 12, *De jure dot.*, 14 : *Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa*. Les mots *vel lege specialiter expressa* ont sans doute été ajoutés pour viser la disposition postérieure à Dioclétien, par laquelle Justinien, *C.*, 1, 5, *De haer.*, 19, 3 (1), obligea les parents non orthodoxes à doter leurs descendants orthodoxes.

4. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, pp. 22-24. *Archivio*, 36, 1886, p. 131.

5. Ulpien, *D.*, 25, 3, *De agnosc. et al. lib.*, 5, 5. 7. 9. 14 ; *C.*, 5, 25, *De alendis liberis*, 1-3.

6. Le texte d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5 : Lenel, 2063-2064 (v. aussi Ulpien, *D.*, 34, 1, *De alim.*, 3 : Lenel, 2065) est extrait du livre 2 du traité d'Ulpien, *De officio consulis*.

par intervenir à titre exceptionnel en face de faits particulièrement scandaleux, puis ils auront pris peu à peu l'habitude de le faire régulièrement.

SECTION V. — Obligations quasi-délictuelles.

Gaius et Justinien [1] donnent quatre exemples d'obligations quasi-délictuelles :

1° L'action prétorienne, *in bonum et aequum concepta*, donnée contre le juge qui a fait le procès sien (*qui litem suam fecit*) [2], c'est-à-dire non seulement contre celui qui a rendu une mauvaise sentence par négligence ou mauvaise foi, mais contre celui qui a manqué à son devoir d'une manière quelconque, par exemple en ne se présentant pas au jour dit pour rendre sa sentence [3]. Dans tous les cas, la condamnation est, croyons-nous, pareillement égale au préjudice causé [4].

2° L'action ou plutôt les actions prétoriennes données contre celui de l'appartement duquel il a été jeté ou versé une chose qui a causé un préjudice à autrui [5]. Quand un objet, un animal ou un esclave appartenant

1. *Inst.*, 4, 5, *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*, Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 5, 4-5. Le *fr. de form. Fabiana*, 1 (*Textes*, p. 454), dit à propos de l'action Fabienne que *quasi ex delicto venerit liberti* ; mais il n'y a sans doute là qu'une rencontre fortuite avec la division indiquée seulement par Gaius et Justinien.

2. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* = Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 5, 4 = *D.*, 50, 13, *De extr. cogn.*, 6. Cf. Lenel, *Edictum*, § 59. Pernice, *Labeo*, 2, 2, pp. 168-172. Karlowa, 2, pp. 1349-1351. L'action est *in aequum et bonum concepta* d'après *D.*, 50, 13, *De extr. cogn.*, 6, que M. Pernice a soupçonné à tort d'interpolation.

3. Discours de C. Titius, sans doute sur la loi Fannia de 593, dans Macrobe, *Saturn.*, 2, 12 : *Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant.*

4. M. Karlowa a encore soutenu la doctrine ancienne selon laquelle il y aurait deux actions, l'une visée par Ulpien, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 15, 1, où le juge, ayant agi dolosivement, serait tenu de la *vera litis aestimatio*, et l'autre visée par les textes de Gaius et de Justinien, où, n'étant coupable que de négligence, il serait tenu au *quantum judici videbitur*. M. Lenel nous paraît avoir montré que le premier texte et les seconds visent en termes différents la même action prétorienne *in bonum et aequum concepta*. Deux questions plus délicates sont de savoir comment était réprimée la faute du juge au temps des Actions de la Loi où l'action prétorienne n'existait pas encore et où il était déjà puni d'après le discours de Titius, puis d'où vient la doctrine insolite de Julien rapportée par Ulpien, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 15 et fragment de Strasbourg, 11 (*Textes*, p. 492), qui conteste l'extinction de notre action par la mort du défendeur. Sur le premier point, M. Voigt, *XII Tafeln*, 1, 1883, pp. 554-555 (cf. Cuq, 1, p. 148, n. 8), a invoqué, par une erreur matérielle, Quintilien, *Inst. or.*, 3, 6, 38, pour soutenir qu'il y aurait une *translatio judicii* faisant continuer le procès contre le juge qui ne l'a pas tranché : suivant la supposition meilleure de M. Karlowa, le juge fait vraiment le procès sien en ce sens que le demandeur a contre lui la *manus injectio* qu'eût fondée le jugement qu'il n'a pas rendu. Cette dernière doctrine permet peut-être à son tour d'apercevoir comment Julien a pu soutenir que soit cette ancienne action, soit l'action *in aequum et bonum* que le préteur lui a juxtaposée devait passer contre les héritiers comme l'action *judicati*.

5. *D.*, 9, 3, *De his qui eff.*, 1, *pr.* (*Textes*, p. 148, n° 61). Cf. Lenel, *Edictum*,

à autrui a été détruit ou détérioré, le propriétaire a une action au double du préjudice causé. Quand un homme libre a été blessé, il a une action *in bonum et aequum concepta* pour réclamer une indemnité arbitrée par le juge. Enfin, quand un homme libre a été tué, le préteur donne contre la personne responsable, au premier venu, une action populaire en recouvrement d'une amende de 50.000 sesterces.

3° L'action prétorienne *de positis et suspensis* donnée encore au premier venu, comme action populaire, contre celui de l'appartement duquel un objet pourrait tomber dans la rue de manière à causer un préjudice, pour lui réclamer une amende de 10.000 sesterces[1].

4° Les actions prétoriennes données au double contre les patrons de navire, les aubergistes et les maîtres d'écuries à raison des délits de *furtum* et de *damnum injuria datum* commis par les personnes à leur service[2].

Il ne serait pas malaisé de prolonger l'énumération en rapprochant de ces dispositions des dispositions analogues[3]; il ne le serait pas davantage à l'inverse de les faire rentrer toutes dans d'autres classements. La première façon d'agir serait d'autant moins légitime et la seconde le serait d'autant plus qu'on est dans l'impossibilité de découvrir l'idée en partant de laquelle Gaius et Justinien ont désigné ces quatre obligations du nom d'obligations quasi-délictuelles[4].

§ 61. Une disposition parallèle de l'édit des édiles établit contre celui qui a gardé dans le voisinage de la voie publique des animaux féroces ou dangereux, à raison des dommages causés par ces animaux, une action en paiement de 200.000 sesterces quand un homme libre a été tué, une action *in bonum et aequum concepta* en paiement d'une indemnité arbitrée par le juge, quand il a été blessé, et une action au double du préjudice, quand le dommage porte sur toute autre chose (*D.*, 21,1, *De aedilicio edicto*, 40, 1 ; 42 : *Textes*, p. 172, n° 295. Cf. *Inst.*, 4, 9, *Si quadr.*, 1).

1. *D.*, 9, 3, *De his qui eff.*, 5, 6 (*Textes*, p. 148, n° 62). Cf. Lenel, *Edictum*, § 62.

2. *D.*, 47, 5, *Furti adversus nautas caupones stabularios*. Les voyageurs ont déjà en vertu de l'édit sur le *receptum nautarum* (p. 618) une action en responsabilité de leurs bagages et de leurs marchandises contre le maître ; ils ont en outre ici l'action du délit contre celui qui en a été l'auteur ; mais notre nouvelle action est plus avantageuse que l'action directe contre l'auteur du délit, en ce que celui-ci peut être insolvable tandis que le maître est solvable, et que celle née du *receptum* contre le maître, en ce qu'elle est au double et ne suppose pas que la chose lui ait été remise. En revanche, elle est intransmissible contre les héritiers, à la différence de celle du *receptum*. Au reste, elles ne paraissent pas se cumuler.

3. On a par exemple rangé, ou on pourrait ranger parmi les obligations quasi-délictuelles les actions *quod metus causa* et Paulienne données contre les tiers qui ont profité de l'acte, sans en être complices (p. 427 ; p. 435) ; l'obligation imposée au maître ou au *paterfamilias* de l'auteur d'un délit de payer l'amende du délit ou de faire abandon noxal de son auteur (p. 690 et ss.) ; les obligations imposées par l'édit des édiles à celui dont les animaux féroces ou dangereux irrégulièrement conservés dans le voisinage de la voie publique ont causé un préjudice à autrui (p. 649, n. 5).

4. Pothier, *Obligations*, n° 116, suivi par le C. civ., art. 1383, distingue les quasi-délits des délits à l'absence d'intention dolosive ; mais le délit de la loi Aquilia peut résulter d'une simple faute (p. 423, n. 1) et le juge qui fait le procès sien est tenu *quasi ex delicto*, même quand il a rendu une sentence injuste par dol.

TITRE II

EFFETS DES OBLIGATIONS

La propriété, destinée à durer perpétuellement, assure à son bénéficiaire un droit susceptible d'usage répété, qui ne s'éteint pas par l'exercice. L'obligation qui est, de sa nature, temporaire, transitoire, assure principalement au créancier un droit d'obtenir son exécution, par l'exercice duquel elle disparaîtra. Cette différence donne à la théorie des modes d'extinction beaucoup plus d'importance pour les obligations que pour la propriété ; mais elle donne aussi une importance particulière à la théorie des effets de l'obligation et elle imprime à ces effets un caractère fort différent de celui des effets de la propriété.

La théorie des effets de l'obligation peut, à notre sens, se ramener à trois points essentiels : au mode d'exécution de l'obligation, à l'objet de cette exécution et aux personnes entre qui elle intervient, à ses sujets.

SECTION I. — **Modes d'exécution. Obligations civiles, naturelles.**

Celui qui a une créance peut en général contraindre judiciairement son débiteur à l'exécuter. Il peut pour cela lui faire un procès, obtenir un jugement en vertu duquel il procédera à une exécution, dont le caractère a d'ailleurs beaucoup varié. Sous les Actions de la loi, c'est l'exécution sur la personne consistant dans une contrainte par corps réalisée sous forme de mise à mort, de vente *trans Tiberim* ou d'emprisonnement privé, n'atteignant les biens que par contre-coup. Sous la procédure formulaire, c'est encore la contrainte par corps réalisée par voie d'emprisonnement privé ; c'est surtout l'exécution sur les biens accomplie par une vente en bloc du patrimoine au plus offrant. Sous la procédure extraordinaire, c'est, quand il est possible, l'exécution sur la chose même, au cas contraire, la saisie et la vente en détail des biens. Nous verrons tout cela en étudiant la procédure. Mais il faut remarquer ici que si le caractère ordinaire de l'obligation est de permettre de faire un procès qui conduira à l'exécution, si tel était sans doute à l'origine le caractère de toutes les obligations, on a admis, dans le cours de la période classique, l'existence d'obligations appelées les obligations naturelles dont le trait essentiel est précisément de ne pas faire naître d'action, tout en

pouvant entraîner certaines conséquences juridiques, en particulier en excluant la répétition de l'indû quand on les a exécutées, même par erreur.

Les obligations naturelles[1] ont été reconnues progressivement dans le cours des deux premiers siècles[2]. Julien, dont l'influence a été décisive sur la formation de leur théorie, dit, dans un texte fondamental, en termes qui révèlent une langue encore peu arrêtée, que les obligations naturelles ne sont pas seulement celles qui sont sanctionnées par une action ; qu'on peut aussi considérer en un sens abusif comme débiteurs ceux qui, ayant payé, ne peuvent répéter[3]. A côté des obligations véritables et complètes, à la fois civiles et naturelles, on en a reconnu d'autres qui n'étaient pas civiles, mais qui étaient naturelles, qui ne donnaient pas le droit d'intenter des actions, mais qui avaient pourtant une existence juridique, qui différaient sous ce rapport du simple devoir moral dont l'exécution est une donation, tandis que la leur est un paiement, et, par un phénomène terminologique qui est très fréquent[4], on est arrivé à les désigner par excellence du nom indiquant le trait qui leur était commun avec les obligations véritables[5].

1. *Sources des obligations naturelles.* Les sources des obligations naturelles peuvent se grouper en deux catégories : l'obligation est simplement naturelle tantôt en vertu de particularités aujourd'hui disparues des institutions romaines, tantôt en vertu de présomptions légales qui se retrouvent en partie aujourd'hui et sur le fondement desquelles une action est refusée à raison d'actes qui peuvent dans certains cas mériter pourtant une sanction.

1. Cf. Schwanert, *Die Naturalobligation des römischen Rechts*, 1861 ; Savigny, *Droit des obligations*, 1, §§ 5-14 ; Machelard, *Des obligations naturelles*, 1861 ; A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, pp. 253-258. Gradenwitz, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, 1900.

2. L'idée est déjà exprimée très nettement, au début du règne de Néron, par Sénèque, *De benef.*, 6, 4, 7 : *Manet beneficium quamvis non debeatur, sicuti quaedam pecuniae, de quibus jus creditori non dicitur, debentur sed non exiguntur.* Cf. Javolenus, *D.*, 35, 1, *De cond. et dem.*, 40, 3 ; Neratius, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 41.

3. Julien, *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 16, 4 : *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest* (reproduit jusque-là textuellement par Ulpien, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 10) : *nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*

4. V. de nombreux exemples de la même habitude de langage dans Mommsen, *Dr. publ.*, 7, p. 7, n. 3 (*conscripti*, dans la formule *patres conscripti* ; *proletarii* ; *capite censi* ; *municipes* ; *aerarii* ; *pedarii*, etc.).

5. Le mot *naturalis* continue d'ailleurs néanmoins à être employé pour désigner des obligations munies d'actions (Ulpien, *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 8, 3 : *Civilis et naturalis subest obligatio*), peut-être en particulier pour celles qui naissent de faits tels que le *mutuum* et le paiement de l'indû, considérés comme de droit naturel plutôt que de droit civil (Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 126, 2 : *Non est dicendum recessum a naturali obligatione* ; *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 15, *pr.* : *Indebiti soluti condictio naturalis est*). Il continue aussi, en sens inverse, à être employé abusi-

Le caractère simplement naturel de l'obligation tient à des particularités disparues des institutions romaines : 1° pour les contrats de l'esclave, qui sont le cas le plus important d'obligation naturelle, celui sur lequel s'est fait le développement de la théorie [1] et où ce développement a été le plus complet : l'esclave n'ayant pas de personnalité juridique, ne peut devenir civilement ni créancier ni débiteur en traitant avec quelqu'un ; mais les contrats qu'il conclut soit avec son maître, soit avec des tiers ont été reconnus comme faisant naître des créances et des dettes naturelles [2] ; — 2° pour les contrats formés entre le *paterfamilias* et les personnes en sa puissance, ou plus largement entre tous les membres de la même *domus*, qui ne peuvent faire naître d'actions entre ces personnes [3], mais qui font naître entre elles des obligations naturelles, susceptibles de produire effet, surtout après la dissolution de la puissance [4] ; — 3° pour les dettes des personnes frappées de *capitis deminutio*, dont les obligations disparaissent *jure civili*, avec leur ancienne personnalité civile, mais subsistent *jure naturali* [5]. — Nous ne croyons pas au

vement pour désigner le simple devoir de morale ou même de convenance, dont l'accomplissement constituera une donation (Ulpien, *D.*, 5, 3, *De H. P.*, 25, 11).

1. Ainsi que l'a démontré M. Gradenwitz, c'est au sujet du cautionnement des obligations des esclaves qu'a été écrit le texte fondamental de Julien, *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 16, 4 (p. 652, n. 3). Il a été généralisé par les compilateurs ; mais il a conservé deux traces de sa forme première : les mots *eorum* (c'est-à-dire *servorum*) *nomine* du début, dont l'authenticité est garantie par le texte parallèle d'Ulpien, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 10, et où l'on ne peut donc corriger *eorum* en *earum* ; la finale rendue suspecte par des redondances et par l'expression *debitores naturales* dont les jurisconsultes n'offrent pas d'autres exemples (ils disent seulement *natura debere, naturaliter obligari, naturalis obligatio*) ; tout rentre dans l'ordre si on lit : *Nam licet minus proprie debere dicantur servi* (le *D.* : *naturales debitores*) *per abusionem intellegi possunt debitores et qui ab his pecuniam recipiunt debitum sibi recepisse*.

2. Ulpien, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 14 (p. 98, n. 2). Dette naturelle envers les tiers : Paul, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 13, *pr.* Créance naturelle contre le maître : Tryphoninus, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 64.

3. C'est du moins le principe ; mais l'impossibilité disparaît quand ces personnes sont reconnues susceptibles d'avoir des biens propres tels que le pécule *castrens*. Cf. Gaius, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 4.

4. Le texte fondamental est la célèbre loi *Frater a fratre* d'Africain, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 38. V. en particulier pour les créances du fils contre le père, le paragraphe 2. On a prétendu que les personnes en puissance ne seraient tenues d'obligations naturelles envers leur chef de famille que quand elles ont un pécule ; cf. Mandry, *Gemeines Familiengüterrecht*, 1, p. 157 ; mais v. en sens contraire *D.*, 15, 1, *De pec.*, 50, 2, et Brinz, 2, § 220, n. 9.

5. Ulpien, *D.*, 4, 5, *De cap. min.*, 2, 2. Cf. p. 199, n. 5. — On cite encore comme obligations naturelles qui n'existent plus en droit moderne : les obligations éteintes par voie de déduction en justice sans que le demandeur ait obtenu satisfaction, par exemple parce que le procès est encore pendant ou qu'il s'est terminé sans jugement par suite de péremption d'instance et à raison desquelles le demandeur ne peut agir à nouveau, parce que *bis de eadem re agi non potest*, mais il a toujours une créance naturelle, parce qu'il n'a pas été satisfait (*D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 60, *pr.* ; *D.*, 46, 8, *Rat. r.*, 8, 1 ; v. pourtant en sens contraire, Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts*, 1856, pp. 55-58) ; l'obligation écartée par l'activité du magistrat dont s'occupe l'édit *quod quisque juris in alterum statuerit*, *Textes*, p. 140, n° 8 (*D.*, 2, 2, *Quod quisque*, 3, 7).

contraire qu'il naisse en principe une obligation naturelle du simple pacte qui, d'après le système romain des actions contractuelles, n'est pas muni d'action, parce qu'il n'a pas été rendu obligatoire à l'aide d'un contrat formel et qu'il ne rentre dans aucune des conventions munies d'actions comme contrat non formel ou comme pacte légitime ou prétorien : le contraire n'est établi que pour le pacte d'intérêts[1].

La seconde catégorie, plus voisine du droit moderne, comprend des cas où, pour des raisons diverses, par exemple pour éviter des discussions délicates ou la perpétuité des procès, le législateur annule certains actes, dénie des actions en justice, sur des présomptions qui sont ordinairement justes, mais qui peuvent en fait se trouver parfois contraires à la vérité[2]. Pour concilier dans la mesure du possible l'équité et le droit positif, on a eu l'idée d'admettre une obligation naturelle. Une obligation naturelle de ce genre existe : 1° dans le dernier état du droit, malgré des antinomies de textes, à la charge de l'impubère qui s'est engagé sans l'*auctoritas* de son tuteur et qui n'a pas tiré de profit durable de l'acte[3] ; — 2° à plus forte raison, à celle du mineur de 25 ans qui a obtenu la *restitutio in integrum* et sans doute aussi, en droit nouveau,

1. La doctrine selon laquelle le simple pacte ferait naître une obligation naturelle est la doctrine traditionnelle et est restée longtemps la doctrine dominante en France. Elle a été défendue en dernier lieu dans un travail spécial de M. Hellman, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 325-360. A notre sens, les seuls textes qui parlent d'une obligation naturelle produite par un simple pacte sont des textes relatifs à la convention d'intérêts (*D.*, 46, 3, *De sol.*, 5, 2 ; *C.*, 4, 32, *De usur.*, 3 ; 4 ; 22 ; *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 11, 3) ; or la convention d'intérêts a sous bien des rapports ses règles propres (cf. par ex., *D.*, 20, 2, *In quib. caus.*, 8) ; en outre, à la différence des pactes ordinaires qui ne s'appuieraient sur rien, elle a son appui, sa base dans un contrat principal. Les textes ajoutés par M. Hellmann, Julien, *D.*, 23, 4, *De pact. dot.*, 22, et Paul, *D.*, 24, 1, *De don. int. vir. et ux.*, 28, 7, nous paraissent attester uniquement la règle ancienne et connue selon laquelle le pacte fait naître une exception. A l'inverse, l'existence d'une obligation naturelle est niée par des textes formels pour des cas où il y a forcément une convention, ainsi pour celui où une personne à qui on demande si elle veut s'obliger donne son assentiment d'un mouvement de tête (*D.*, 45, 1, *De V. O.*, 1, 2 : *Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit*) ; pour celui où elle s'engage par serment à des *operae* envers une personne dont elle n'est pas l'affranchie (*D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 56, *pr.*, qui déclare le cautionnement nul en pareil cas).

2. Ainsi la règle qui déclare une personne incapable de s'obliger jusqu'à un certain âge peut se trouver injustifiée en équité, quand cette personne a traité la veille du jour où elle eût atteint l'âge requis.

3. L'existence de l'obligation naturelle est positivement niée par Neratius, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 41, et par le contemporain et élève de Paul, Licinnius Rufinus, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 58 (59) (cf. aussi Paul, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 13, 1). Mais elle est affirmée par d'autres textes non moins positifs tant dans son principe même (Julien cité par Pomponius, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 42, *pr.* ; Paul, *D.*, 35, 2, *Ad leg. Falc.*, 21, *pr.* ; Papinien, *D.*, 36, 2, *Quando dies*, 25, 1, et *D.*, 46, 3, *De solut.*, 95, 4) que dans de nombreuses applications pratiques ; ce paraît donc bien être la doctrine définitive. La question est de savoir si elle a été déjà admise par les jurisconsultes cités ou si elle leur a été seulement attribuée par les compilateurs. V. en ce dernier sens Albrandi, *B.° Ist. D. R.*, 24, 1912, pp. 170-179.

de celui qui s'est engagé sans le *consensus* de son curateur ; — 3° à celle du fils de famille qui a emprunté de l'argent à l'encontre du sénatus-consulte Macédonien[1]. — Au contraire, il ne résulte pas d'obligation naturelle de l'engagement pris par la femme à l'encontre du sénatus-consulte Velléien[2], ni, croyons-nous, de celui du prodigue interdit[3]. On discute encore s'il ne subsiste pas d'obligation naturelle à la charge du débiteur absous à tort par le juge, du débiteur libéré par l'expiration d'un laps de temps, ainsi en droit récent par la prescription trentenaire, et du débiteur qui, grâce au bénéfice de compétence, a été condamné seulement dans les limites de ses ressources. A notre sens, il n'y en a pas dans les deux premiers cas ; mais il y a même une obligation civile dans le dernier[4].

2. *Effets des obligations naturelles.* L'obligation simplement naturelle ne donne pas d'action : on ne peut en poursuivre l'exécution forcée. Mais, en dehors de là, elle a une existence juridique[5] ; elle peut, selon

1. Marcien, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 40, *pr.*

2. Cette différence entre l'effet du sénatus-consulte Macédonien et celui du sénatus-consulte Velléien a conduit certains jurisconsultes et notamment Marcien, n. 1, à poser, pour l'expliquer, une règle selon laquelle l'exception donnée *in odium creditoris* laisserait subsister une obligation naturelle et celle donnée *in favorem debitoris* ne le ferait pas. Mais ce raisonnement, admissible pour nos deux exceptions, ne pourrait être généralisé sans conduire à des conséquences inexactes.

3. Cela paraît bien résulter d'un texte d'Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 6, qui exclut la possibilité d'un cautionnement, en ce cas, comme en celui d'engagement du *furiosus* : v. sur la conciliation de ce texte avec la loi *Marcellus*, d'Ulpien, *D.*, 46, 1, *De fidejus.*, 25 (Lenel, 404), qui suppose, par interpolation, croyons-nous, la validité d'un cautionnement *pro... prodigo vel furioso*, les nombreux systèmes rapportés par Audibert, *Folie et prodigalité*, 1892, pp. 266-297.

4. Pour le débiteur absous à tort par le juge, la seule raison sérieuse de douter est dans une expression incidente de Julien qui, afin de justifier une autre solution, dit que, même après l'absolution, il resterait tenu naturellement (*D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 60) ; mais, en dehors du but même de la chose jugée qui ne permet guère d'admettre la validité d'un paiement fait par erreur, l'absence d'obligation naturelle résulte de l'extinction des hypothèques qui garantissaient la dette (*D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 13) : un autre texte excluant la répétition, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 60, suppose clairement que le paiement a été fait sciemment. — Pour le débiteur libéré par la prescription, l'exclusion de l'obligation naturelle nous paraît encore plus sûre. Le seul argument en faveur de sa subsistance est la survivance de l'hypothèque (éteinte seulement par la prescription de quarante ans). Mais il ne prouve rien, parce que l'hypothèque survit encore, dans d'autres cas, à l'extinction de l'obligation (cf. *D.*, 20, 1, *De pign.*, 13, 4) et on a invoqué en faveur de l'absence d'obligation naturelle l'admission de la répétition de l'indû (*D.*, 46, 8, *R. R.*, 25, 1) et l'extinction du cautionnement (*D.*, 46, 3, *De sol.*, 38, 4) ; en tout cas, selon la remarque de Windscheid, qui discute la portée de ces arguments, 1, § 112, n. 5, il n'y a aucune trace avérée de la subsistance de l'obligation. — Quant au bénéfice de compétence, il subsiste, pour celui qui en jouit, une obligation civile subordonnée à son retour à une meilleure fortune, qui était assurée en droit classique à l'encontre de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, par un contrat verbal (*D.*, 17, 2, *Pro socio*, 63, 4).

5. En conséquence, elle est susceptible de s'éteindre ; cette extinction a lieu par simple pacte : *D.*, 46, 3, *De solut.*, 95, 4.

les cas, motiver tous les autres actes juridiques qui pourraient avoir pour objet une obligation valable, ainsi être garantie par un cautionnement ou par une constitution d'hypothèque, faire l'objet d'une novation, d'un paiement, être opposée en compensation[1]. Seulement ces effets sont loin d'être produits intégralement par toutes les obligations naturelles. Ce qu'on peut dire de plus général, en prenant le maximum et le minimum, c'est qu'elles ne donnent jamais d'action et qu'elles donnent toujours le droit de conserver ce qui a été payé (*soluti retentio*), qu'elles excluent toujours la *condictio*[2]. D'autres effets, par exemple la compensation, n'existent que dans certaines[3].

SECTION II. — Objet de l'exécution. Dommages-intérêts.

L'objet de l'exécution devrait, semble-t-il, être toujours l'objet même de l'obligation, en particulier, dans les obligations contractuelles, la prestation à laquelle le débiteur s'est engagé. Mais, par la force des choses, même en droit moderne, même en droit romain récent, il n'en est rien dans beaucoup de cas, par exemple, pour ne pas entrer dans d'autres complications, au cas d'obligation de faire. Quand un ouvrier s'est chargé de faire un travail, un artiste de faire une statue, un mandataire de faire un voyage, il n'y a pas d'exécution forcée de possible en nature : on ne peut comprendre que des dommages-intérêts. C'était encore bien plus vrai à Rome sous la procédure formulaire, où toutes les condamnations étaient pécuniaires, et en réalité déjà sous la procédure des Actions de la loi, où l'exécution par *manus injectio* exigeait pour s'appliquer des créances d'argent : le jeu de la poursuite en exécution aboutissait mécaniquement à mettre une créance d'argent à la place non seulement de la créance ayant pour objet un fait ou une abstention, mais de celle ayant pour objet un corps certain[4].

1. Paiement : p. 652, n. 3. Compensation : p. 656, n. 3. Cautionnement, hypothèques : *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 16, 3 ; *D.*, 20, 1, *De pign.*, 5, *pr.* Novation : *D.*, 46, 2, *De nov.*, 1, 1.

2. La généralité de cet effet elle-même a été contestée, et on a, soit admis des obligations naturelles que nous rejetons (obligation survivant à la prescription ou au jugement : p. 655, n. 3), soit atténué l'efficacité d'obligations naturelles que nous reconnaissons, en soutenant que le paiement y donnerait lieu à répétition de l'indû quand il aurait été fait par erreur. V. par ex. Windscheid, 2, § 289, n° 4. Les seuls textes invoqués dans ce sens se rapportent au paiement fait par un pupille. Mais, comme le montre le plus net, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 29, la répétition est admise là, non pas parce que la *soluti retentio* serait exclue pour les dettes du pupille, mais parce que le pupille qui a voulu payer n'a pas pu transférer la propriété sans l'*auctoritas tutoris*. V. en ce sens, Vangerow, 1, § 179 ; Pernice, p. 256.

3. Ulpien, *D.*, 16, 2, *De comp.*, 6 : Lenel, 2738. Suivant la juste observation de Lenel et d'Appleton, *Hist. de la compensation*, 1895, p. 67, ce texte se rapporte à l'obligation naturelle née de la société formée avec un esclave. Sur *D.*, 40, 7, *De statulib.*, 20, 2, cf. Appleton, p. 67, n. 3.

4. Nous retrouverons tout cela en étudiant la procédure. Cf. Gaius, 4, 48.

Cela donnait naturellement une importance énorme à l'évaluation pécuniaire de la créance et cela a dû conduire de très bonne heure à une institution qui est encore en vigueur à l'époque récente, mais qui a dû l'être encore bien plus à l'époque ancienne, qui y a peut-être été, à un certain moment, le seul moyen de réaliser pratiquement des obligations contractuelles ayant pour objet autre chose que de l'argent. Cette institution est la *stipulatio poenae*, où le débiteur promet une certaine somme pour le cas où il ne ferait pas la prestation convenue, qui par conséquent ramène à une créance conditionnelle de *pecunia numerata* la créance ayant un objet différent, ayant pour objet par exemple une abstention, un fait, la translation de propriété d'un corps certain. Justinien en recommande encore l'emploi pour les obligations de faire et de ne pas faire [1] : elle est aussi très pratiquée à l'époque classique, et on peut concevoir une époque où, les obligations contractuelles n'étant susceptibles d'avoir pour objet ni des *incerta*, ni même peut-être autre chose que de l'argent, le seul moyen de se ménager un droit à une *certa res* ou à un fait aurait été de faire un contrat donnant droit à une certaine somme à défaut du fait, à défaut de dation de la *certa res*.

Mais, quoi qu'il en soit de ces origines, il a dû de bonne heure arriver qu'on se trouvât en face de créances ayant pour objet autre chose que de l'argent et pour arriver à l'exécution desquelles il fallait une évaluation. Cela se présente déjà pour des créances nées de délits sous les XII Tables et cela s'est aussi présenté, dès une époque antérieure à l'introduction de la procédure formulaire, pour des créances nées de contrats. Le juge a, dans les deux cas, soit sous les Actions de la loi, soit sous les formules, à procéder à une évaluation qui ne faisait pas partie du procès principal dans le *sacramentum*, qui en faisait déjà partie probablement dans la *judicis postulatio* et certainement dans la *condictio certae rei*, qui en faisait toujours partie sous la procédure formulaire et dont nous devons déterminer les règles à côté de celles de la *stipulatio poenae* ; ce sera, peut-on dire, la théorie des dommages-intérêts judiciaires à côté de celle de dommages-intérêts conventionnels.

§ 1. — Dommages-intérêts judiciaires. Demeure. Fautes.

Lors même que la condamnation ne doit pas porter sur l'objet de la créance, comme cela arrive dans toutes les dettes d'autre chose que d'une somme d'argent déterminée, c'est cependant l'objet de la créance qu'on réclame dans l'action qu'on intente. Et il se peut même, dans certains cas, que le demandeur obtienne une satisfaction en nature au cours du procès [2]. Mais, quand on en arrive à la condamnation, force

1. *Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, 7.
2. Cela se produisait dans les actions arbitraires, quand l'*arbitratus judicis* était

est d'aboutir à une évaluation pécuniaire de la prestation qui était due et qui n'a pas été obtenue, à la fixation de dommages-intérêts.

Ces dommages-intérêts, qui constituent le montant de la condamnation, étaient dans certains cas déterminés, sous le contrôle du juge, par le demandeur, sous la foi du serment (*jusjurandum ad litem*) [1]. En principe, ils sont déterminés par le juge lui-même. Dans une hypothèse comme dans l'autre, ils sont évalués selon des règles qui sont loin d'avoir été les mêmes pour toutes les actions et de tous les temps [2]. Ainsi par exemple un témoignage positif nous dit que l'on ne se plaçait pas au même moment pour cette évaluation dans les actions de bonne foi et dans les actions de droit strict : on la faisait en se plaçant au moment où le procès se liait, à celui de la *litis contestatio*, dans les actions de droit strict et en se plaçant à celui du jugement dans les actions de bonne foi [3]. Ensuite la condamnation comprend, à côté de la valeur de la chose, celle de ses accessoires, en particulier des fruits depuis la naissance de l'obligation, dans certaines actions de bonne foi et dans la plupart des actions en répétition, notamment des *condictiones sine causa*, tandis qu'elle ne la comprend pas dans d'autres actions, ainsi dans d'autres *condictiones* [4]. Plus largement, on dit bien en général que l'évaluation

exécuté. Mais cela pouvait aussi avoir lieu, par la volonté du défendeur, dans les actions de bonne foi, et les Sabiniens soutenaient qu'il en était de même dans toutes les actions (*omnia judicia esse absolutoria*), tandis qu'une doctrine sans doute plus ancienne défendue par les Proculiens n'admettait pas qu'en particulier dans les actions de droit strict le défendeur pût, une fois le procès lié, échapper à la condamnation en satisfaisant le demandeur. Cf. Gaius, 4, 114.

1. *D.*, 12, 3, *De in litem jurando*. Il y a plus d'une obscurité et les solutions n'ont peut-être pas toujours été les mêmes, non seulement quant aux cas dans lesquels intervient le *jusjurandum in litem*, mais quant à la mesure dans laquelle le juge peut, soit fixer à l'avance un maximum à l'évaluation du demandeur (*jusjurandum cum taxatione*), soit la modérer après coup. Selon le texte le plus général (Marcien, *D.*, *h. t.*, 5), le *jusjurandum*, qui n'est appliqué qu'au cas de dol et non à celui de simple faute du défendeur, intervient, à côté des actions réelles, dans l'action *ad exhibendum*, à laquelle d'autres sources permettent d'ajouter le reste des actions arbitraires sauf l'action *de eo quod certo loco*, et dans les actions de bonne foi, — même en cas de nécessité, dans les actions de droit strict, dit plus loin Marcien. — Quant au pouvoir de contrôle du juge, le même texte le présente comme existant partout ; mais cette allégation générale est en désaccord avec d'autres solutions concrètes (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 4, 2 ; *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 68) qui permettent de supposer des dissentiments doctrinaux et un développement historique. V. outre les éditions anciennes de Windscheid, 1, § 133, n. 14-18, Hefke, *Bedeutung und Anwendungen der Taxatio*, 1879. Cf. encore A. Marchi, *Studi Scialoja*, 1, 1905, p. 165 et ss.

2. Le travail classique sur l'évaluation des dommages-intérêts est celui de Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, 2, *Zur Lehre vom Interesse*, 1855. V. en outre Dernburg-Sokolowski, §§ 301-302 ; Brinz, 2, pp. 339-368.

3. Ulpien, *D.*, 13, 6, *Commod.*, 3, 2 : *Et rei judicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti* (*stricti juris*? plutôt *strictis judiciis*) *litis contestatae tempus spectatur*. Cela s'explique très bien pour les actions où la *condemnatio* de la formule porte : *quanti ea res est* (p. 659, n. 4).

4. Le texte fondamental est celui de Paul, *D.*, 22, 1, *De usur.*, 38 : voir, par

doit comprendre l'indemnité de tout le préjudice causé directement[1] ou indirectement par l'inexécution au créancier, à la fois la perte qu'il a subie (*damnum emergens*) et le gain que cela l'a empêché de faire (*lucrum cessans*)[2] sous la seule condition que le préjudice soit avec l'inexécution dans un rapport de cause à effet[3]. Mais pourtant il existe des actions où, tout au moins à l'époque ancienne, elle se limitait à la valeur matérielle de la chose (*vera rei aestimatio*)[4]. Enfin Justinien a décidé pour certaines créances que le montant de la condamnation ne pourrait y excéder le double de la valeur matérielle de la chose[5].

Il reste à trancher une question qui se rattache, à vrai dire, intimement au système des modes d'extinction des obligations, mais qui domine toute la théorie des dommages-intérêts de l'inexécution. C'est la question des conséquences produites par l'impossibilité d'exécution de l'obligation, produites par exemple en matière de dettes de corps certains par la perte de la chose. Celui qui n'exécute pas l'obligation doit les dommages-intérêts. Mais les doit-il, même quand l'exécution à laquelle il ne procède pas est devenue impossible, quand la chose qu'il ne

exemple, les §§ 8-10 pour les actions de bonne foi ; 1-3 pour les *condictiones sine causa* ; 4-6 pour d'autres actions en restitution (cf. p. 438, n. 2) et à l'inverse, le § 7, pour la *condictio* d'une chose dont on n'a pas été encore propriétaire.

1. Nos anciens auteurs distinguaient souvent le préjudice direct (*circa rem*) et indirect (*extra rem*) en partant notamment de Paul, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 21, 3, où l'obligation du vendeur qui n'a pas livré la chose est restreinte à l'*utilitas quae circa ipsam rem consistit*, par opposition par exemple à la valeur des esclaves morts de faim faute de délivrance du blé vendu ou au bénéfice que l'acheteur du vin aurait fait en le revendant ; v. aussi Hermogénien, *D.*, 18, 6, *De peric.*, 20 (19). Mais, d'après d'autres textes, il ne paraît pas nécessaire que le préjudice soit direct : v., par ex., *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, *pr.* 2 ; *D.*, 19, 2, *Locati*, 19, 1, et les textes cités, n. 2.

2. Paul, *D.*, 46, 8, *Rat. rem hab.*, 13, *pr.* : *Competit in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui*. Africain, *D.*, 19, 2, *Locati*, 33 : *Quanti ejus interfuerit frui in quo etiam lucrum ejus continebitur.*

3. C'est la formule généralement employée, notamment pour se débarrasser de solutions en apparence contraires citées n. 1. D'ailleurs la doctrine n'est pas arrivée sur tous ces points à des conclusions parfaitement unanimes.

4. Les mots *quanti ea res est*, *quanti ea res erit*, employés dans la condamnation de certaines formules (*quanti ea res est* : *condictio triticaria* ; peut-être *condictio incerti* ; *quanti ea res erit* : action *ad exhibendum* et autres actions arbitraires, nombreuses actions *in factum*) ont été, semble-t-il bien, considérés à l'origine comme prescrivant au juge, à la différence de formules plus larges, de condamner à la *vera rei aestimatio* par opposition au *quod interest* : *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 179 ; 193 ; cf. aussi l'opposition faite, *D.*, 47, 8, *Vi bon rapt.*, 2, 13, entre le *verum rei pretium* et le *quod interest*. La mesure dans laquelle cela s'est modifié par la suite n'est pas très claire. Cf. Brinz, 2, § 281, n. 1 ; Dernburg-Sokolowski, § 302, n. 7 ; Accarias, 2, pp. 720-721.

5. *C.*, 7, 47, *De sent. quae pro eo*, 1, 1 : *Sancimus in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere*. On n'est pas d'accord sur la détermination précise des obligations considérées par Justinien comme ayant *certam quantitatem vel naturam*.

livre pas a péri ? Cette question ne pouvait se poser pour les dettes de sommes d'argent et elle ne le fait pas davantage pour les dettes de genres (*genera non pereunt*). Mais elle se pose pour toutes les autres obligations et elle a donc surgi dès le jour où l'on a reconnu des dettes de corps certains. Pour y répondre, on a de bonne heure inventé une distinction exprimée chez Paul par la règle que l'obligation est éteinte par la perte de la chose non imputable au débiteur, mais au contraire est perpétuée par la perte imputable au débiteur [1]. Quant aux causes de l'imputabilité, elle peut résulter soit de la demeure du débiteur, soit de sa faute.

I. Théorie de la demeure. — La demeure (*mora, cessatio, frustratio*) [2] est un retard coupable. C'est la situation du débiteur qui se trouve en faute de n'avoir pas accompli son obligation sur la sommation du créancier (*mora debitoris*). Mais c'est aussi la situation du créancier qui se trouve en faute de n'avoir pas accepté l'exécution de l'obligation sur l'offre du débiteur (*mora creditoris*). Et il ne serait pas malaisé d'exposer simultanément, dans un tableau commun, les conditions d'existence, les effets et les modes d'effacement de toutes deux. On comprendra mieux le développement historique du système en étudiant d'abord les conditions d'existence et les effets de la demeure du débiteur, puis les règles plus simples et plus modernes de la demeure du créancier.

1. *Conditions de la demeure du débiteur.* La mise en demeure exige une première condition de droit, qui est un avertissement adressé en temps et lieu convenables au débiteur par le créancier (*interpellatio*) [3]. On a parfois prétendu qu'il y aurait à cette règle des exceptions plus ou moins nombreuses, soit au profit de certains créanciers, des mineurs, dont les débiteurs seraient en demeure par l'échéance de la dette, soit au profit de certaines créances, les créances à terme, pour lesquelles une doctrine autrefois très répandue soutenait que *dies interpellat pro homine*. Mais le texte le plus explicite relatif au mineur dit positivement que l'échéance de sa créance n'entraîne pas mise en demeure, qu'elle produit seulement quant aux intérêts un effet analogue [4], et la prétendue

1. Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 91, 3 : *Veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem.* V. Pernice, *Labeo*, 2, 2, pp. 107-141 et Gradenwitz, *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 255-274, qui relève des indices selon lesquels la formule de Paul caractérisée par les termes *culpa* et *perpetuari* n'est pas celle des *veteres* et ils exprimaient la règle en disant que le débiteur est tenu quand *per eum stat* ou *factum est quominus daret* ou *solveret*. Cf. par ex. Pomponius, *D*, 12, 1, *De R. C.*, 5.

2. *D.*, 22, 1, *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*. Cf. Dernburg-Sokolowski, §§ 297-299 ; A. Pernice, *Labeo*, 2, 2, pp. 132-146.

3. Marcien, *D.*, *h. t.*, 32 : *Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco non solverit.*

4. Paul, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 87, 1 : *Quamvis enim constitutum sit, ut minoribus XXV annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur.*

règle *dies interpellat pro homine* est contraire à la fois au caractère du terme et aux principes de la demeure [1]. En laissant le cas, qui est à peine une exception, où le débiteur rend l'*interpellatio* impossible, et où le créancier en sera donc dispensé [2], la mise en demeure n'existe sans *interpellatio* que dans un cas, dans celui où quelqu'un se trouve débiteur d'une chose en vertu d'un délit, principalement d'un vol, et où il est en demeure par le fait même du délit (*fur semper moram facere videtur*; cf. p. 419, n. 1). Partout ailleurs il faut une *interpellatio*.

A cette première condition, le droit romain en ajoute une seconde. Il faut que la *cessatio* soit *fraudulosa*, que la résistance soit injuste. Même après la *litis contestatio*, le débiteur n'est pas en demeure, si le juge constate qu'il avait de justes raisons de croire qu'il ne devait pas ou qu'il ne devait pas encore [3]. Il n'est pas non plus en demeure, si le retard ne vient pas de sa faute, mais de circonstances indépendantes de sa volonté [4].

2. *Effets de la demeure du débiteur*. L'effet essentiel de la demeure, celui pour lequel a été inventée la théorie, était de perpétuer l'obligation [5]. Malgré la perte de l'esclave survenue après la mise en demeure, le créancier pourra réclamer la translation de propriété de cet esclave, dire *servum Stichum dare oportere* et obtenir son évaluation calculée sur la plus haute valeur qu'il a eue de la mise en demeure au procès. Il a le droit de le réclamer, comme s'il existait toujours, — même jusqu'au temps d'Hadrien, il n'a pas le droit de demander autre chose [6]. —

1. Elle est contraire au caractère du terme, qui, d'abord, en règle générale, est inséré dans l'intérêt du débiteur et non du créancier (*D.*, 45, 1, *De V. O.*, 41, 1 : *Diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore*), dont ensuite l'événement a simplement pour effet de transformer l'obligation en obligation pure et simple, donc en obligation soumise, sous le rapport de la demeure comme sous tous les autres, aux règles des obligations pures et simples. Elle est en outre contraire aux règles de la demeure, qui, d'une part, n'a pas lieu *ex re*, mais *ex persona*, par une sommation (p. 660, n. 3) : qui, d'autre part, exige, à côté de cette sommation, une faute du débiteur qu'on ne prouve pas résulter de la simple échéance. Cf. Dernburg-Sokolowski, § 297, n. 14. La célébrité très grande de la question vient en réalité beaucoup moins de sa difficulté que de l'ancienneté et de la diffusion persistante de la doctrine vicieuse, selon laquelle l'échéance du terme entraînerait mise en demeure. V. pour la bibliographie ancienne, Vangerow, 3, § 588, n. 2, pp. 186-187 et pour la période récente, Windscheid, 2, § 278, n. 4. Cf. Saleilles, *Obligation*, pp. 23-25.

2. *D.*, *h. t.*, 23, 1 : *Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur*. Cf. *D.*, 22, 2, *De naut. faen.*, 2 : *Si nemo sit qui a parte promissoris interpellari... possit*.

3. *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 63 : *Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere*; cf. *D.*, *h. t.*, 24, *pr.* et à l'inverse, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 82,1.

4. Cf. *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 5 ; *D.*, *h. t.*, 17, 3.

5. Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 91, 6 : *Effectus hujus constitutionis* (p. 660, n. 1) *ille est ut adhuc homo peti possit*. Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 82, 1 : *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus, proinde ac si homo viveret*. Cf. Pernice, *Labeo*, 2, 2, pp. 107-112.

6. Le droit de réclamer la valeur de la prestation devenue impossible au lieu

Et, dans la doctrine ancienne, cet effet de la mise en demeure était sans doute un effet absolu qui ne pouvait être ni modifié par aucune preuve contraire ni effacé par aucun acte postérieur. Mais, sur les deux points, le droit plus récent a admis des atténuations. On a admis, sûrement sous Justinien, peut-être dès avant lui, que le débiteur, sauf quand ce serait l'auteur d'un délit tenu de la *condictio furtiva* ou d'une action en répétition symétrique, pourrait se libérer en prouvant que la chose eût également péri pour le créancier si elle lui avait été livrée : il sera tenu seulement s'il ne peut pas prouver que le créancier ne l'eût pas vendue[1]. D'autre part, contrairement à l'ancienne doctrine, Celse fit admettre que la demeure du débiteur pourrait être effacée par des offres de paiement adressées au créancier : le débiteur peut, par des offres réelles, se dégager des risques mis à sa charge par la mise en demeure[2].

Cette attribution des risques au débiteur opérée par la mise en demeure est l'effet de la théorie pour lequel elle a été inventée, le seul qu'elle produise en matière de contrats de droit strict. En matière d'obligations de bonne foi, il y en a un second. Non seulement le débiteur est désormais comptable de tous les fruits et accessoires produits par la chose depuis la *mora* ; mais, si la dette est une dette d'argent ou de denrées, où il ne peut être question d'impossibilité d'exécution imputable au débiteur, la demeure y fait courir les intérêts, s'ils ne couraient pas auparavant[3]. Ce sont là les *intérêts moratoires* qu'on oppose aux *intérêts conventionnels*, résultant d'un contrat exprès, et même aux *intérêts légaux*, résultant sans mise en demeure d'une disposition de la loi, par exemple pour le prix au cas de délivrance de la chose vendue, pour les avances faites par un associé à la société, pour celles faites par un mandataire, un gérant d'affaires, un tuteur, pour les sommes dont le mandataire, le tuteur s'est servi, pour les dettes échues envers les mi-

de cette prestation même est reconnu, en matière de *condictiones sine causa* au sens large, par Julien (*D.*, 39, 6, *De m. c., d.*, 37, 1, par ex.) et par Celse (*D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12). Mais il ne paraît pas être reconnu auparavant. Cf. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 323 et ss. ; 2, 2, pp. 102-103 ; *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 251-252.

1. Cf. sur ce développement, Dernburg-Sokolowski, § 298, n. 2. Pernice, *Labeo*, 2, 2, pp. 138-142. Dernburg le fait remonter jusqu'à Labéon en invoquant Ulpien, *D.*, 20, *De leg.*, *I*, 47, 6. Pernice le considère comme datant seulement de Justinien en regardant comme interpolés les seuls textes décisifs qui sont Gaius, *D.*, 16, 3, *Dep.*, 14, 1 ; Paul, *D.*, 10, 4, *Ad exh.*, 12, 1 ; Ulpien, *D.*, 4, 2, *Q. m. c.*, 14, 11 et *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 15, 3.

2. Le développement résulte ici clairement du langage même de Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 91, 3, selon lequel cette solution a été soutenue par Celse, contrairement à une doctrine mauvaise, défendue par la plupart des jurisconsultes, et a ensuite été admise par Julien : *Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo : esse enim hanc quaestionem de bono et aequo in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est quam quidem et Julianus sequitur.*

3. Marcien, *D.*, *h. t.*, 32, 2 : *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.*

neurs. Les intérêts moratoires ressemblent aux intérêts légaux et diffèrent des intérêts conventionnels, en ce qu'ils ne sont dus qu'en vertu du pouvoir du juge d'évaluer le montant de la condamnation (*officio judicis continentur*)[1] et qu'en conséquence on n'a pas d'action distincte pour les obtenir, quand on a oublié de les réclamer ou que le juge a omis de les allouer sur l'action du contrat[2].

Dans les actions de droit strict, la mise en demeure ne donne en principe droit ni aux intérêts ni aux fruits[3]. Les fruits, quand ils n'étaient pas dus auparavant, ne sont dus qu'à partir de la *litis contestatio* et encore seulement en droit relativement récent[4]. Les intérêts ne le sont pas même depuis la *litis contestatio*[5]. Seulement il faut remarquer que, sous ce rapport comme sous plusieurs autres, les créances nées de legs ou de fidéicommis, dont les premières tout au moins sont de droit strict et dont ni les unes ni les autres ne sont de bonne foi, sont arrivées à être régies par des règles différentes de celles des actions de droit strict, analogues à celles des actions de bonne foi[6].

3. *Demeure du créancier*. La demeure du créancier est régie par des principes symétriques à ceux de la demeure du débiteur, quant à ses conditions, quant à ses effets et quant à la façon de la purger. Elle exige, croyons-nous, pour exister, non seulement une sommation du débiteur, mais une faute du créancier qui refuse les offres[7]. Elle a pour effet de permettre au débiteur de se débarrasser de la chose, même en la jetant, disait l'ancien droit, en la déposant dans un lieu convenable pour le compte du créancier, dit plutôt le droit nouveau[8], ou, s'il la conserve, de

1. Papinien, *D.*, 16, 3, *Dep.*, 24 ; Paul, *D.*, 19, 2, *Locati*, 54, *pr.*

2. Hermogénien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 49, 1 : *Pretii sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur.* Gordien, *C.*, 4, 34, *Dep.*, 4.

3. La rédaction même de la *condictio certae pecuniae* exclut pour le juge la possibilité de condamner à un accessoire quelconque à côté du principal de la dette (p. 502). Pour les deux autres *condictiones* et pour les autres actions de droit strict où l'obstacle n'était pas dans la formule, il était au moins dans les pouvoirs restreints du juge.

4. *D.*, *h. t.*, 38, 7, où Paul adopte à ce sujet la décision de faveur proposée par Sabinus et Cassius.

5. La formule *lite contestata usurae currunt* (*D.*, *h. t.*, 35), qui a souvent trompé les anciens auteurs (cf. C. civ., art. 1153), ne signifie pas que la *litis contestatio* fait courir les intérêts, mais qu'elle les laisse courir, quand ils le font déjà.

6. La mise en demeure donnait droit aux intérêts et aux fruits des fidéicommis et Julien fit admettre la même solution pour une sorte de legs, le legs *sinendi modo* (Gaius, 2, 280). Mais elle n'a été étendue aux autres legs que par Justinien.

7. C'est un point controversé. Mais on peut invoquer dans notre sens le parallélisme des deux demeures et le langage des textes, dont l'un par exemple désigne la demeure du créancier du nom de *frustratio* (Africain, *D.*, 17, 1, *Mandati*, 37), dont un autre (Marcellus, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 72, *pr.*) subordonne le déplacement des risques au refus des offres *sine justa causa*.

8. Ulpien, *D.*, 18, 6, *De peric.*, 1, 3 : *Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est.* Mais voir les atténuations de la suite du texte et de Pomponius, *D.*, 33, 6, *De tritico*, 8.

se faire indemniser des frais de garde [1]. En tout cas et quelle que fût la convention antérieure, elle a pour résultat de faire passer les risques au créancier en face duquel le débiteur ne sera plus tenu que de son dol [2]. Enfin, de même que la demeure du débiteur se purge par une convention ou par des offres réelles mettant le créancier en demeure, la demeure du créancier se purge par la mise en demeure du débiteur.

II. Théorie des fautes [3]. — Le développement a été encore plus spécial aux obligations de bonne foi et aux legs pour l'impossibilité totale ou partielle d'exécution résultant de la faute du débiteur que pour celle résultant de sa demeure. Ici encore le point de départ a été la responsabilité imposée au débiteur dans les obligations anciennes de droit strict, quand il avait rendu l'exécution impossible par son fait : au cas de perte de la chose, l'obligation était perpétuée par sa faute comme par sa demeure. Mais il n'en était ainsi qu'en présence d'un fait actif du débiteur, d'une faute positive et non pas d'une faute négative, d'une simple négligence. Au contraire, il s'est constitué progressivement, en matière de contrats de bonne foi [4] et plus largement d'obligations de bonne foi, une théorie plus délicate, en vertu de laquelle le débiteur est tenu, suivant certaines gradations, non seulement de ses fautes de commission, mais de ses fautes d'abstention. C'est surtout à elle qu'on pense quand on parle de la théorie des fautes.

1. *Obligations de bonne foi*. Le système d'appréciation de fautes appliqué aux obligations de bonne foi a pour fondement la distinction du dol (*dolus*, *fraus*, par opposition à la loyauté, à la *fides*, à la *bona fides*) et de la faute (*culpa*, à laquelle on oppose la vigilance, *diligentia*), et la classification faite en partant de là des obligations en deux catégories, celles dans lesquelles le débiteur répond seulement de son dol, où sa simple faute ne lui est pas imputable, et celles dans lesquelles il répond à la fois de son dol et de sa faute [5]. Une doctrine qui est clairement

1. Ulpien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 38, 1, cite déjà dans ce sens une décision de Sex. Aelius Paetus, cos. 556. V. aussi Pomponius, *D.*, 33, 6, *De tritico*, 8.

2. Paul, *D.*, 18, 6, *De per.*, 5. Pomponius, *D.*, 18, 6, *De per.*, 18 (17).

3. L'ouvrage moderne classique sur la théorie des fautes est celui de Hasse, *Die culpa des römischen Rechts*, 2e éd., 1838. Mais l'étude de la formation historique du système et en particulier des interpolations qui l'ont défiguré dans les compilations de Justinien n'a guère été entamée que par Pernice, *Labeo*, 2, pp. 241-428 (2e édition des pp. 231-330 seulement, dans *Labeo*, 2, 2, pp. 1-257) dont les conclusions ont été depuis précisées, rectifiées et dépassées en bien des points dans une série de travaux parmi lesquels nous aurons surtout à citer ici ceux de MM. Mitteis, *Privatrecht*, 1, pp. 322-336 ; Seckel, *Handlexikon*, aux mots *Culpa* et *Diligentia* et Kuebler, *Festgabe für Gierke*, 1910, 2, pp. 237-275.

4. V. par ex. Julien chez Africain (p. 669, n. 5) : *In contractibus fidei bonae*. Ulpien, n. 5 et p. 665, n. 4, ne parle non plus que de *contractus*. Cf. Kuebler, p. 241.

5. Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 23 : *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum : depositum et precarium. Dolum et culpam : mandatum et commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum*,

formulée par Julien[1], mais que l'on rencontre dès avant lui[2], répartit les débiteurs entre les deux catégories selon qu'ils n'ont pas d'intérêt au contrat ou qu'au contraire ils y ont un intérêt[3], les considère comme devant, au premier cas, n'être tenus que de leur dol et comme devant, au second, être aussi tenus de leur faute[4].

item dotis datio, tutelae, negotia gesta : in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recepit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit. Les mots *in his quidem et diligentiam* pourraient, s'ils n'étaient si étrangement placés dans le texte, s'expliquer comme une allusion au régime où la *culpa*, qui perpétuait l'obligation (p. 660, n. 1), ne comprenait qu'une portion des actes contraires à la *diligentia*, comme un avertissement que la responsabilité s'étendait à la fois aux fautes positives et aux fautes négatives. On pourrait y voir une glose rédigée dans ce but et maladroitement intercalée dans le corps du manuscrit copié par les auteurs du Digeste. Le texte a d'ailleurs subi aussi des remaniements conscients, ainsi certainement (p. 667, n. 2) l'intercalation du mandat parmi les contrats où on est tenu de sa faute et peut-être d'autres interpolations. V. sur ces interpolations, en sens divers, Krueger, 12e éd. du *Dig.* ; Mitteis, p. 324, n. 34 ; Kuebler, pp. 273-274.

1. Julien chez Africain, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 108, 12 (p. 669, n. 5) ; *D.*, 47, 2, *De furtis*, 62, 5. C'est à lui qu'elle est rattachée par Pernice, 2, 2, pp. 131, n. 2, 149, n. 2 et même par Mitteis, 1, p. 324.

2. Voir, avant Julien, les textes de Labéon, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 20, 2 ; d'Alfenus (citant Servius Sulpicius), *D.*, 19, 2, *Locati*, 31, et peut-être de Q. Mucius Scaevola chez Ulpien, *D.*, 13, 6, *Commodati*, 5, 3, relevés par M. Kuebler, p. 273.

3. Il n'est pas impossible qu'on ait d'abord été influencé par d'autres considérations encore. Ainsi l'on peut, suivant une idée que M. Mitteis regarde comme ayant été la considération prépondérante, avoir estimé raisonnable que les débiteurs dont la condamnation entraînerait l'infamie ne fussent condamnés qu'à raison de leur dol. Ce serait par exemple l'idée qui expliquerait le mieux que la responsabilité eut été primitivement restreinte au dol non seulement pour le dépositaire et le mandataire (p. 667, n. 2), mais pour l'associé, comme le soutient M. Mitteis, p. 330, n. 43 (en invoquant pour supprimer la mention de la faute dans *D.*, 17, 2, *Pro socio*, 52, 2, un argument tiré des Basiliques, 12, 1, 50, et d'ailleurs contesté par M. Kuebler, p. 255, n. 4). Mais, en tout cas, cette considération a été rejetée au second plan par celle tirée de l'intérêt à l'acte : la preuve en est dans la responsabilité non seulement du dol, mais de la faute admise, malgré leur caractère infamant, pour l'action *fiduciae* et l'action *tutelae*, d'après le texte certainement pur de Modestin (note 4). V. en sens opposés Mitteis, p. 327, n. 42 et Kuebler, pp. 250-252.

4. Il faut citer en premier lieu, parce qu'il est nécessairement exempt d'interpolation, le témoignage de Modestin, *Collatio*, 10, 2, 1 : *Commodati judicio conventus et culpam praestare cogitur : qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur : in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur.* 2. *Sed in ceteris quoque partibus juris ista regula custoditur* ; *sic enim et in fiduciae judicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.* 3. *In mandati vero judicium dolus, non etiam culpa deducitur. Quamvis singulariter denotare liceat in tutelae judicium utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur.* V. encore Ulpien, *D.*, 13, 6, *Commodati*, 5, 2 : *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus* : *dolum in deposito* : *nam quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus... sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.* V. encore auparavant les passages de Julien cités n. 1 et ceux d'auteurs plus anciens cités n. 2.

INSTITUTE OF MEDIAEVAL

Seulement on rencontre dans les textes quelques infractions à ce principe de répartition et surtout la distinction des fautes elles-mêmes n'y apparaît qu'avec certaines complications que tout le monde a cru jusqu'aux derniers temps remonter aux jurisconsultes classiques, qui semblent aujourd'hui venir à peu près intégralement des compilateurs.

D'abord la distinction du dol et de la faute est, au moins sous Justinien, compliquée par deux remaniements relatifs l'un au dol et l'autre à la faute. — Pour le dol, les textes assimilent au dol conscient la faute trop grossière, *culpa lata, culpa magna*[1], sur la définition de laquelle ils hésitent un peu. Elle consiste certainement à commettre des maladresses que ne commettrait pas l'administrateur le plus incapable, à ne pas prévoir ce que tout le monde prévoirait[2]. Suivant un texte isolé, elle consisterait en outre à apporter aux affaires dont on est chargé moins de soins qu'aux siennes propres[3]. — Pour la *culpa*, elle s'apprécie d'ordinaire sur la diligence moyenne d'un bon administrateur (d'où le nom de *culpa levis in abstracto* inventé par les interprètes)[4]; mais, par faveur pour certains obligés, on ne leur demande que la diligence qu'ils

1. Gaius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 1, 5 ; Ulpien, *D.*, 17, 1, *Mandati*, 8, 10 ; etc. M. Seckel, v° *Culpa*, note que beaucoup de textes contenant cette assimilation sont interpolés et se demande si elle s'applique à tous les contrats. M. Mitteis, pp. 333-336, qui observe qu'elle ne paraît pas avoir eu son siège dans le domaine des actions de bonne foi (relevé des hypothèses où elle est appliquée, p. 334) remarque qu'elle est absente de tous les textes fondamentaux (pp. 667, n. 5 ; 665, n. 4 ; 669, n. 5) et qu'elle ne figure avant les Sévères que dans des textes suspects : il estime donc qu'elle n'apparaît que sous les Sévères et qu'elle n'a rien à faire avec l'histoire de la responsabilité contractuelle. M. Kuebler arrive à la conclusion logique en la déclarant, p. 256, une création des compilateurs.

2. Ulpien, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 213, 2 : *Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*. Paul, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 223, *pr*.

3. Celse, *D.*, 16, 3, *Dep.*, 32 : *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret : nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*. Ce texte paraît supprimer la différence de la *culpa lata* et de la *culpa levis* envisagée *in concreto* (p. 667, n. 1). On l'explique de beaucoup de façons, par exemple en disant que la faute lourde ne se présume pas, pas plus que le dol, et que par conséquent celui qui n'est tenu que du dol et de la faute lourde sera libéré par la perte de la chose à moins qu'on ne prouve que la perte vient d'une négligence qu'il n'apporte pas à ses propres affaires, tandis que le débiteur tenu de sa *culpa* l'est malgré la perte de la chose à moins qu'il ne prouve que cette perte est arrivée par un cas fortuit ou par une négligence aussi petite que celles qu'il commet dans ses propres affaires. Mais c'est là son interprétation dans le droit de Justinien. Si on passe à l'examen de sa portée première, son authenticité n'a été contestée ni par M. Seckel, v° *Diligentia*, ni par M. Mitteis qui, en le rapportant à la tutelle (Lenel, n. 91), y voit une interprétation de la responsabilité du dol à laquelle se serait limitée primitivement l'obligation du tuteur (p. 667, n. 4) ; mais M. Kuebler y a relevé, pp. 247-249, des traces sérieuses d'interpolation.

4. Alfenus Varus, *D.*, 18, 6, *De peric.*, 12 (11) : *Diligentiam,... quam debent homines frugi et diligentes praestare*. Gaius, *D.*, 13, 6, *Comm.*, 18, *pr.* : *Talis diligentia qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*. V. sur la formation de cette terminologie, Pernice, pp. 331-336.

apportent à leurs propres affaires (*diligentiam quam suis*), on ne les tient pour responsables que de la faute qu'ils n'y commettraient pas (*culpa levis in concreto* des interprètes)[1]. Cela n'empêche pas qu'il y ait toujours deux catégories de *negotia* ; mais cela fait que, dans la première, on est tenu de la faute lourde à côté du dol et que, dans la seconde, où l'on est tenu de la faute ordinaire à côté du dol et de la faute lourde, il y a désormais des cas où cette faute ordinaire s'apprécie *in concreto*.

Quant à la répartition des débiteurs dans ce cadre, les débiteurs qui sont tenus de leur dol (et par conséquent de la faute lourde, depuis qu'elle est assimilée au dol), mais qui ne sont tenus que de cela, pour qui la *culpa* ordinaire est un cas fortuit, sont exclusivement des débiteurs qui rendent un service gratuit. Et c'étaient sans doute à l'origine tous les débiteurs de contrats de bonne foi qui rendaient un service gratuit : le dépositaire, le commodant et le mandataire[2]. Mais on a retiré le mandataire de cette catégorie pour le faire passer dans la seconde[3]. On n'y trouve pas non plus, sous Justinien, les tuteurs et les gérants d'affaires, soit qu'ils aient subi le même transfert que le mandataire[4], soit que notre catégorie n'ait jamais compris que les débiteurs des obligations de bonne foi qui étaient des obligations contractuelles (p. 664, n. 4).

La seconde catégorie, celle des débiteurs qui sont tenus non seulement du dol et de la faute lourde, mais de la faute simple, qui doivent non seulement *fidem*, mais *diligentiam praestare*, comprend tous les débiteurs de *negotia bonae fidei* qui ne rentrent pas dans la première classe privilégiée : par conséquent d'abord ceux qui en sont exclus, quoiqu'ils rendent un service gratuit : les gérants d'affaires, les tuteurs, les curateurs, les mandataires ; puis tous ceux qui ont un intérêt au *negotium*, qu'il soit exclusif, comme pour le commodataire, le déposant, ou réciproque, comme pour les parties de la vente, du louage, de la société. Seulement, pour quelques-uns, la *culpa*, qui s'apprécie en général

1. Paul, *D.*, 10, 2, *C. D.*, 25, 16 (p. 641, n. 1) : *Talem igitur diligentiam praestare debet qualem in suis rebus*, Ulpien, *D.*, 27, 3, *Tutelae*, 1, *pr.* : *Praestando dolum et culpam et quantam in rebus suis diligentiam*. V. pour l'interpolation de ces formules et des formules analogues, la p. 668, n. 1.

2. V. pour le dépositaire et le mandataire, Modestin, p. 665, n. 4 ; pour le commodant, Ulpien, *D.*, 13, 6, *Com.*, 18, 3. Africain, *D.*, 47, 2, *De furtis*, 62, 6.

3. Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 23 (p. 664, n. 5). Dioclétien, *C.*, 4, 35, *Mandati*, 11 ; 13. La mention de la *culpa* est sûrement interpolée dans le texte d'Ulpien, en face non seulement du texte de Modestin, mais de solutions concrètes d'Ulpien lui-même, *D.*, 17, 1, *Mandati*, 8, 10. M. Mitteis se demande, p. 327, n. 41, si elle ne l'est pas aussi dans les constitutions de Dioclétien.

4. M. Mitteis le soutient pour le tuteur (v. déjà dans ce sens Accarias, 1, p. 391, n. 1) en invoquant des arguments tirés de Quintilien, *Inst. or.*, 7, 4, 35, et de *D.*, 47, 2, *De furtis*, 54, 3 ; mais ces arguments ont été combattus par M. Kuebler, pp. 250-251, et le texte de Modestin, qui souligne l'anomalie par rapport au mandat sans dire qu'elle soit une nouveauté, est très contraire. Pour le gérant d'affaires, M. Huvelin, cité p. 670, n. 1, a invoqué un texte de Labéon, mais ce texte paraît se rapporter à la formule *in factum*.

in abstracto, s'apprécie par faveur *in concreto* : pour le mari débiteur de la restitution de dot, pour l'associé, pour le communiste et pour le tuteur [1]. La raison la meilleure est peut-être que ces personnes font toutes, pour partie, leur propre affaire et qu'on suppose que, si elles n'ont pas fait mieux, c'est qu'elle ne l'ont pas pu [2].

2. *Autres obligations*. Quant aux obligations de droit strict et aux autres rapports obligatoires, il n'y a, en matière d'obligations de droit strict, guère à parler que de la stipulation, de l'enrichissement sans cause et des legs, le *mutuum* et le contrat littéral faisant naître des dettes de genres.

En matière de stipulation, le principe est que le débiteur est tenu seulement de ce qu'il a promis. S'il a promis de transférer la propriété de l'esclave Stichus, il n'est pas tenu de le garder [3]. Il est responsable contractuellement, s'il se met par son fait dans l'impossibilité de le livrer, s'il le tue ou l'affranchit [4]. Il ne l'est pas, s'il le laisse mourir faute de

1. Associé : Gaius, *D.*, 17, 2, *Pro socio*, 72 = *Inst.*, 3, 25, *De soc.*, 9. Communiste : Paul, *D.*, 10, 2, *F. E.*, 25, 16 (p. 667, n. 1). Mari débiteur de la dot : Paul, *D.*, 23, 3, *De J. D.*, 17, *pr.* Ulpien, *D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 24,5 ; Tuteur : Ulpien, *D.*, 27, 3, *De tut. et rat.*, 1, *pr.* (p. 667, n. 1). L'interpolation est prouvée matériellement pour ce dernier texte par son rapprochement avec d'autres textes parmi lesquels un d'Ulpien lui-même, *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 10, et un de Callistrate, *D.*, 26, 7, *De adm* , 33, *pr.* Elle pourrait, croyons-nous, être également établie pour les autres. V. sur eux, Seckel, vº *Diligentia*, Mitteis, pp. 331-333 et Kuebler,pp. 244-256.

2. La théorie dite *des trois fautes*, qui était celle de Pothier et dont on discute si elle a passé dans le Code civil, art. 1137, distinguait méthodiquement trois classes de débiteurs tenus par gradation de trois séries de fautes : 1º les débiteurs obligés en vertu d'un *negotium* intervenu dans l'intérêt exclusif de l'autre partie, comme le dépositaire, le commodant, le gérant d'affaires qui seraient tenus exclusivement de leur *culpa lata* et de leur *dolus* ; 2º les débiteurs obligés en vertu d'un *negotium* intervenu dans l'intérêt réciproque des deux parties, vente, société, qui seraient en outre tenus de leur *culpa levis* ; 3º ceux obligés en vertu d'un *negotium* intervenu dans leur intérêt exclusif, commodataire, déposant, mandant, qui seraient en outre tenus de leur *culpa levissima*. Ce système, dont la mention n'a plus qu'un intérêt d'archéologie et dont la base principale était dans des textes mal compris, par exemple dans un texte parlant de *culpa levissima* en matière de délit de la loi Aquilia (*D.*, 9, 2, *Ad leg. Aq.*, 44), est avec les solutions concrètes dans une contradiction facile à constater. Le système du droit de Justinien est sûrement celui où le débiteur est tenu tantôt du dol et de la faute lourde seulement et tantôt en outre de la faute qu'on apprécie d'ordinaire *in abstracto* et parfois *in concreto*. Mais il résulte de ce que nous avons vu que le système du droit classique n'est pas plus ce système que le système des trois fautes. Le droit classique distinguait uniquement les débiteurs sans intérêt au contrat qui étaient tenus de leur dol, quand ils manquaient à la bonne foi, et les débiteurs intéressés au contrat qui étaient tenus de leur *culpa*, quand ils manquaient à la *diligentia*, auxquels on pourrait à la vérité adjoindre ceux chargés de la *custodia* qui répondaient des *casus* (p. 671, n. 2) et même ceux qui répondaient de la *vis major* parce qu'ils supportaient le *periculum rei* (p. 670, n. 3).

3. Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 91, *pr.* :... *quia qui dari promisit ad dandum, non faciendum tenetur*.

4. Les *veteres* assimilent sous ce rapport à la demeure, comme faute perpétuant l'obligation, la faute positive (meurtre de l'esclave, affranchissement). V. outre Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 91, 1. 3, Pomponius, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 23, et *D.*, 22, 1, *De usur.*, 32, 5. La seule question est de savoir si la responsabilité résulte du

soins, pas même, dit Ulpien, s'il le livre après l'avoir empoisonné : il sera tenu délictuellement par l'action de dol, il ne le sera pas contractuellement en vertu de sa promesse de *dare* [1]. Mais il n'y a peut-être guère que la stipulation d'une *datio*, pour laquelle on s'en tienne si rigoureusement aux anciens principes. Si le débiteur a, par contrat verbal, promis un fait, le juge, que la formule saisit du point de savoir *quidquid dare facere oportet*, paraît en droit de ne le tenir pour libéré que quand il aura fourni les soins d'un bon administrateur [2].

En matière de *condictio* résultant d'un enrichissement sans cause, on considère également le débiteur comme en faute, quand il a détruit la chose due, ainsi en tuant ou en affranchissant l'esclave, au moins dans le cas où il savait être tenu d'une dette éventuelle de restitution [3].

En matière d'obligation de payer les legs et les fidéicommis, l'héritier est tenu de sa *culpa levis in abstracto*, non seulement quand son obligation est une obligation de faire sanctionnée par une action incertaine analogue à l'action née de la stipulation d'un fait, mais quand c'est une obligation de *dare certam rem* [4]. Pourtant, par un emprunt visible au système d'appréciation des fautes des actions de bonne foi, sa responsabilité reste limitée au dol lorsqu'il ne doit rien conserver de l'hérédité [5].

fait même ou seulement de celui accompli en connaissance de l'obligation. Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 91, 2, rapporte dans le premier sens une solution donnée par Julien en matière de fidéicommis. Mais il donne personnellement à deux reprises la solution contraire en matière de *condictiones sine causa* (p. 669, n. 3) et Julien lui-même semble n'avoir appliqué sa solution qu'aux legs et aux fidéicommis. V. Ferrini, *Archiv*, 78, 1892, p. 321 et ss. Pernice, *Labeo*, 2, 2, p. 116 et ss. et les renvois.

1. Ulpien, *D.*, 4, 3, *De d. m.*, 7, 3. Cette solution implique, croyons-nous, qu'on ne pourrait non plus réclamer, au moyen de l'action du contrat, une indemnité des détériorations survenues par le dol ni par conséquent à plus forte raison par la faute du débiteur, malgré la logique apparente qui porterait à donner les mêmes solutions pour la perte totale et pour la perte partielle venant du débiteur. Le débiteur pourrait seulement être déclaré responsable de ces actes juridiques, en partant de l'idée que le paiement n'est pas libératoire et que l'ancienne action subsiste, quand le créancier qui a reçu la chose est exposé à en être dépouillé judiciairement en vertu d'un titre juridique appartenant à autrui. V. *D.*, 46, 3, *De solut.*, 27 (Ulpien) ; 33, 1 (Julien) ; 72, 5 (Marcellus). Cf. Pernice, *Labeo*, 2, 2, pp. 121-126.

2. C'est ce qui semble résulter, au moins pour le droit récent, de Venuleius, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 137, 3.

3. Paul, *D.*, 12,6, *De cond. ind.*, 65, 8 : *D.*, 36, 6, *De m. c. d.*, 39. Cf. p. 668, n. 4.

4. On a vu en outre, p. 668, n. 4, qu'il y est, d'après la doctrine de Julien qui a prévalu, tenu de son fait positif, même accompli dans l'ignorance de son obligation. V. Julien, *D.*, 36, 1, *Ad. s. c. Trebell.*, 26, 2 ; Ulpien, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 41, 16 ; 42 et les auteurs cités, p. 668, n. 4.

5. Africain, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 108, 12 : *Cum quid tibi legatum fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit* (Julien) : *sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.*

Quant aux autres obligations, notamment à celles sanctionnées par des actions prétoriennes *in factum*, il est à peu près impossible de poser des règles d'ensemble. La règle la plus large qu'on puisse relever est celle d'après laquelle la personne tenue de présenter ou de rendre une chose reste tenue quand elle s'est mise hors d'état de le faire par un dol auquel on assimile souvent sa faute lourde. Cette règle s'applique déjà à l'action *ad exhibendum* qui est une action civile de droit strict ; elle s'applique, en outre, dans de nombreux cas d'actions prétoriennes, notamment dans deux cas qu'on a cités quelquefois par confusion comme des exceptions au système des fautes des actions de bonne foi : au cas du précariste qui n'est tenu que de son dol et de sa faute lourde, mais qui n'en est tenu par l'action *praescriptis verbis* que depuis les interpolations de Justinien, qui auparavant était tenu par l'interdit *de precario* (p. 608, n. 2) ; à celui de l'arpenteur qui a mal rempli sa tâche et qui n'est également tenu que de son dol et de sa faute lourde, mais qui, même dans le droit de Justinien, ne l'est pas par les actions du mandat ou du louage, mais par une action prétorienne *in factum* (p. 582, n. 1)[1].

3. *Observations générales.* Il ne faut pas oublier que, partout où le rapport est un rapport conventionnel, la théorie des fautes est une simple interprétation de la volonté des parties et pourrait, selon les règles du contrat, être modifiée par une convention contraire atténuant ou aggravant la responsabilité du débiteur, sous cette seule réserve qu'il ne pourrait par avance être dispensé des suites de son dol[2]. Mais nous avons à faire deux observations plus importantes, également relatives surtout aux rapports conventionnels.

a) *Responsabilité de la custodia.* Le terme *custodia* est souvent employé dans les compilations de Justinien pour désigner la *diligentia* que doit apporter à la garde d'une chose l'individu responsable de sa faute. Mais, à côté de ce sens général, il en a un plus étroit où il exprime une responsabilité spéciale imposée au débiteur et entraînant pour lui la garantie de certains cas fortuits, ainsi du vol et de la détérioration de la chose, par opposition aux cas de force majeure proprement dite[3].

1. Un texte d'Ulpien, citant Labéon, *D.*, 3, 5, *Neg. gest.*, 3, 9, que M. Huvelin a signalé dans Daremberg et Saglio, 7, 1904, p. 50, n. 2, comme prouvant la restriction première de l'obligation du *negotiorum gestor* au dol, est aussi, comme le remarque M. Huvelin lui-même, vraisemblablement relatif à la formule *in factum* (p. 635, n. 3), et ne nous paraît donc pas fournir une preuve directe pour le quasi-contrat civil de bonne foi (p. 667, n. 4).

2. Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 23 (suite ; v. p. 664, n. 5) : *Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit* (*vel plus vel minus*) *in singulis contractibus : nam hoc servabitur quod initio convenerit* (*legem enim contractus dedit*) *excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur : hoc enim bonae fidei judicio contrarium est : et ita utimur.* Ce qui est dit là pour les contrats de bonne foi est également vrai pour les autres arrangements volontaires.

3. V. par ex. *D.*, 13, 7, *De P. A.*, 13, 1 : *Venit in hac actione et dolus et culpa... venit*

Cette responsabilité peut évidemment être imposée au débiteur par une clause expresse [1]. Mais, c'est une question vivement agitée de savoir si elle n'existe pas, en dehors de là, avant Justinien, dans un assez grand nombre d'hypothèses [2], ainsi dans celles du commodat, de la convention prétorienne de *receptum* conclue avec les bateliers et les aubergistes et de la variété de louage conclue avec les propriétaires de magasins de dépôt (*horrearii*) [3].

b) Faute Aquilienne. On peut se demander comment les principes de la faute contractuelle se concilient avec ceux de la faute qui motive en matière de délit l'application de la loi Aquilia, avec ceux de la faute Aquilienne. Il faut, pour répondre méthodiquement, distinguer trois cas : celui où les conditions de la faute contractuelle existent seules, celui où les conditions des deux sont réunies et celui où les conditions de la faute délictuelle existent seules.

Il se peut d'abord que les conditions de l'action contractuelle soient seules présentes, soit que la faute consiste en une négligence ne rentrant pas dans le champ de la loi Aquilia, soit aussi que l'action de la loi Aquilia ait disparu par la mort du coupable : l'action contractuelle, qui résulte même des fautes d'omission, qui passe contre les héritiers,

et custodia : vis major non venit. Les cas typiques de *vis major* sont ceux de *naufragium, incendium, ruina.*

1. *Inst.*, 3, 23, *De empt. et vend.*, 3 *a* : *Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si susceperit ad ipsius periculum is casus pertinet : si non susceperit, securus erit.*

2. Cette doctrine développée par M. Baron, *Archiv*, 51, 1869, pp. 45-95. 78, 1892, pp. 203-310, a depuis été très fortement appuyée par M. Seckel, *Handlexikon*, vº *Custodia* (cf. encore les mots *Casus* et *Vis*) et M. Kuebler, *Festgabe für Gierke*, 2, 1910, pp. 256-269 (bibliographie, p. 257, n. 1). En revanche, M. Mitteis, *Berichte* de Leipzig, 1910, pp. 270-271, la présente comme ayant été définitivement réfutée dans un travail de M. Lusignani, *Studi sulla responsabilità per custodia*, 2 vol. 1902-1903 (auquel on pourrait ajouter De Medio, *Bull. Ist. D. R.*, 20, 1908, pp. 157-209). V. en sens contraire F. Schulz, *T. V. I.*, 14, 1912, pp. 22-90.

3. Commodataire : Gaius, 3, 206 ; Paul, *Sent.*, 2, 4, 3 ; *D.*, 13, 6, *Comm.*, 5, 3 (Ulpien) et 18, *pr.* (Gaius) avec les observations présentées par Kuebler, pp. 259-260, sur les traces d'interpolation. V. déjà Ferrini, *Archivio*, 53, 1894, pp. 260-300. *Nautae caupones stabularii* : p. 618, n. 1-4. *Horrearii* : Paul, *Coll.*, 10, 9, 1. M. Seckel, vº *Custodia*, relève jusqu'à neuf hypothèses où le débiteur serait ainsi tenu de la *custodia* sans convention spéciale. Il serait trop long de les énumérer ici et l'on peut discuter sur certaines (v. par ex. pour la *locatio rei*, Kuebler, p. 257, n. 2). Mais nous signalerons deux points d'un intérêt juridique plus large. M. Kuebler part de l'obligation à *custodia* du commodataire qui semble l'une des mieux établies pour expliquer l'opposition qui paraît faite par les textes sur la théorie des fautes (p. 665, n. 4 et p. 669, n. 5) entre les contrats dans l'intérêt du créancier (*dolus*), ceux dans l'intérêt des deux parties (*dolus, culpa*) et ceux dans l'intérêt du débiteur (*dolus, culpa, custodia*). M. Seckel croit pouvoir soutenir qu'avant les interpolations des compilateurs, le vendeur était tenu, d'après les textes, de la *custodia* de la chose vendue : ce qui réduirait aux cas de *vis major* (p. 670, n. 3) la portée de la règle selon laquelle les risques pèsent sur l'acheteur (p. 556 et ss.).

existera seule et existera sans difficulté dans les deux hypothèses[1].

Il se peut que l'acte fasse naître à la fois les deux actions, que par exemple un commodataire ait par une maladresse brisé l'objet prêté. Alors le commodant a le choix entre les deux actions ; mais il ne peut pas en cumuler le bénéfice, et il ne peut même pas, avant Justinien, qui a introduit par voie d'interpolation la règle contraire, intenter après l'action de commodat, qui est la moins avantageuse, l'action de la loi Aquilia pour l'excédent de la différence d'évaluation[2].

Il se peut enfin que le fait constitue une faute au point de vue de la loi Aquilia et n'en constitue pas une au point de vue contractuel, qu'un dépositaire, tenu seulement de son dol, qu'un locataire d'ouvrage, tenu en vertu d'une clause spéciale seulement de son dol, ait commis une faute positive dont il ne serait pas tenu selon son contrat. On discute s'il en est tenu, abstraction faite du contrat, en vertu du droit commun par l'action de la loi Aquilia. Les textes paraissent dire le contraire[3].

§ 2. — Dommages-intérêts conventionnels (*stipulatio poenae*).

La *stipulatio poenae*[4], qui a probablement commencé par être à Rome le seul moyen de rendre obligatoires les engagements ayant pour objet autre chose que de l'argent, a continué ensuite à y être pratiquée pour maintenir les avantages de l'ancien système de l'évaluation faite par les parties à leur gré à côté du système moderne de l'évaluation par le juge. Elle s'y présente sous deux types principaux et sans doute eux-mêmes

1. V. Pomponius, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 12, pour la transmission contre les héritiers de l'action contractuelle.

2. Dans le droit de Justinien, le cumul continue à n'être pas admis, mais l'action de la loi Aquilia peut être intentée après l'action *commodati* pour l'excédent de la plus haute valeur de la chose dans les trente jours sur sa valeur au moment de sa destruction, d'après Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 34, 2 : *Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis : utraeque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur : post commodati an Aquilia remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur : sed verius est remanere, quia simplo accedit : et simplo subducto locum non habet.* Seulement sur le second point, Paul disait au contraire, dans son texte original : *sed verius est non remanere* : cela résulte, ainsi qu'a fait remarquer M. Eisele, *Archiv*, 79, 1893, pp. 345-349, de la justification même que Paul donnait de sa solution (en disant qu'il n'y a pas d'action distincte pour l'excédent ; pas plus par exemple que pour les intérêts moratoires : p. 663, n. 2) et que les compilateurs ont respectée par mégarde en accommodant le texte au droit de leur temps.

3. V. surtout, Ulpien, *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aq.*, 27, 29 : *Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni injuria tenebitur : si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus : et ideo plerumque artifices convenire solent, cum ejusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.* Cf. cependant la distinction faite par Vangerow, 3, § 681, p. 589.

4. Cf. Pergament, *Conventionalstrafe und Interesse*, 1896.

d'antiquité inégale[1] : un premier type, le plus archaïque, où elle se réduit à la promesse de la peine pour le cas où une prestation ne serait pas faite, où une chose ne serait pas livrée : *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes* ; un second type plus compliqué, plus récent où la promesse de la peine pour le cas où la chose ne serait pas livrée vient seulement après une promesse principale de la chose : *Pamphilum dari spondes ? si non dederis, centum dare spondes.* Mais, dans les deux formules, la stipulation a la même fonction, celle que Justinien indique quelque part pour les obligations de faire ou de ne pas faire[2] et qui est sa grande utilité[3] dans toutes les obligations ayant pour objet autre chose que de l'argent, c'est-à-dire de soustraire les parties et en particulier le demandeur aux difficultés ou aux incertitudes de la preuve du montant du préjudice causé par l'inexécution, et, dans les deux cas, elle soulève la même question fondamentale : celle de savoir jusqu'à quel point ses règles sont déterminées par son caractère de fond de convention accessoire de dommages-intérêts ou au contraire par sa forme de stipulation conditionnelle[4]. Le contrat est, à notre sens, apprécié en principe comme une stipulation conditionnelle, soit quant à sa validité, soit quant à l'événement de la condition, sinon quant à tous les résultats de cet événement.

1. Quant à la validité du contrat, il suffira que le fait mis *in poena* soit susceptible de jouer le rôle de condition. Il ne sera pas besoin qu'il eût pu faire l'objet d'une stipulation principale valable, pour laquelle seule cependant une véritable convention de dommages-intérêts serait parfaitement concevable[5]. A l'inverse, le contrat est nul quand il a pour objet d'astreindre à un fait immoral ou illicite, par un simple résultat des règles des obligations conditionnelles[6].

1. Les deux rédactions sont distinguées par Papinien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 115, 2. La seconde n'a été possible pour les obligations de corps certains et pour les obligations de faire ou de ne pas faire que depuis l'époque, d'ailleurs moins tardive qu'on ne dit parfois (p. 500, n. 1), où elles ont pu faire l'objet de contrats.

2. *Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, 7 : *In hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare quid ejus intersit.*

3. Autres utilités en matière de compromis : p. 618, n. 6 ; de contrat pour autrui : n. 5.

4. V. dans le premier sens Labbé sur Ortolan, *Instituts*, 3, pp. 808-814, dans le second, Accarias, 2, nos 539-541.

5. Ainsi la stipulation *poenae* sert ainsi que nous avons vu à assurer indirectement l'exécution des contrats nuls comme constituant des stipulations ou des promesses pour autrui (pp. 461, n. 1 ; 463, n. 2).

6. C'est à tort qu'on a vu une preuve du caractère de convention accessoire de la stipulation *poenae* dans les solutions qui la déclarent nulle si le fait, à défaut duquel la *poena* est promise, est un fait immoral, par exemple l'accomplissement d'un délit, ou impossible, par exemple la délivrance d'un esclave déjà mort (*D.*, 45, 1, *De V. O.*, 69). Cela peut s'expliquer par les principes de la condition. Au

2. La *poena* sera due dès lors que la condition sous laquelle elle était promise se trouvera réalisée, alors même que les dommages-intérêts de l'inexécution ou de l'exécution tardive ne devraient pas être dus ou ne devraient pas l'être pour le tout, parce que le débiteur n'était pas en demeure, parce que l'exécution a été empêchée par un cas fortuit ou parce qu'elle n'a été que partielle. L'inexécution partielle ne donnerait droit qu'à des dommages-intérêts partiels : si la *poena* était régie par les mêmes principes, elle ne devrait être due que dans la même proportion : au contraire, elle est due pour le tout, faute d'exécution complète ; car elle a été promise, si la prestation n'est pas faite, et la prestation n'est pas faite, quand elle n'est faite qu'en partie [1]. De même les dommages-intérêts résultant de la demeure ne sont pas dus pour une obligation à terme, à raison de la seule échéance de la dette : au contraire, quand une stipulation de peine a été jointe à une obligation à terme, la *poena* est due à partir de l'échéance ; car on l'avait promise sous une condition et cette condition est accomplie dès lors que le terme est arrivé sans que la prestation ait été faite [2]. Enfin la perte de la chose survenue par cas fortuit libère le débiteur, qui ne doit pas de dommages-intérêts : au contraire, elle ne l'empêche pas d'être tenu de la *poena* [3].

3. L'événement de la condition lui-même entraîne en soi les effets commandés par l'idée d'obligation conditionnelle : il donne droit à la *poena*. Mais c'est là que les principes de l'obligation conditionnelle sont, dans le cas où il y avait un contrat verbal préalable ou même un contrat principal quelconque [4], le plus contrariés par l'idée de convention ac-

premier cas, il y a une condition immorale qui entraîne la nullité des obligations entre vifs (p. 482, n. 2) ; au second, il y a une condition impossible négative, qui devrait faire considérer l'obligation comme pure et simple (p. 483), mais la solution peut s'expliquer par l'idée que la condition appartient à la partie variable du contrat qui, même dans les contrats de droit strict, s'interprète par la volonté probable des parties (p. 481, n. 5).

1. Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 85, 6. Cf. *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 47. *D.*, 2, 11, *Si quis caut.*, 9, 1.

2. Africain, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 23. *C.*, 8, 37, *De contr. stip.*, 12. Cf. Ulpien, *D.*, 4, 8, *De receptis*, 23. Quand l'obligation principale est pure et simple, il y a un peu plus de difficulté sur le moment où la *poena* est encourue. V. sur les opinions diverses, Papinien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 115, 2.

3. C'est un point contesté. Mais la preuve que la *poena* est encourue résulte, à notre sens, de Paul, *D.*, 9, 2, *Ad. leg. Aq.*, 22, *pr.* Quand l'esclave dû par contrat verbal périt par le fait d'un tiers, nous avons vu qu'on refuse l'action de la loi Aquilia au débiteur libéré par la perte de la chose et qu'on donne une action de dol contre l'auteur du délit au créancier dépouillé de sa créance (p. 424, n. 2). Au contraire, au cas de *stipulatio poenae*, le débiteur a, d'après notre texte, le droit de poursuivre le tiers ; c'est donc qu'il n'a pas été libéré envers le créancier par la perte de la chose. Cf. aussi, *D.*, 4, 8, *De recept.*, 21, 9, où la *poena* du défaut de comparution judiciaire est regardée comme encourue, quoique la comparution ait été empêchée par un cas de force majeure, et où les plaideurs en sont seulement relevés par une doctrine bienveillante.

4. La question du choix ou du cumul ne se pose naturellement pas, quand la

cessoire de dommages-intérêts. L'idée de condition amènerait à dire que la créance de la *poena* existe, une fois la condition accomplie, définitivement et irrévocablement. Or cela n'est pas vrai partout.

En matière d'obligations de droit strict, les principes de l'obligation conditionnelle sont parfaitement respectés dans le cas exceptionnel où l'on admet, en vertu de l'intention expresse ou présumée des parties, que le créancier a droit cumulativement à la *poena* et aux dommages-intérêts de l'inexécution [1]; ils le sont même, à la rigueur, dans les autres plus fréquents où le cumul est exclu [2], en vertu d'une doctrine inventée par les jurisconsultes selon laquelle l'obligation ancienne est écartée, à l'événement de la *poena*, par une sorte de novation [3]. Mais ils le sont moins en matière d'obligation de bonne foi : la créance de la *poena* devrait encore subsister intégralement à côté de l'obligation principale ou à sa place : au lieu de cela, on décide bien que le créancier a les deux actions, mais l'on admet que, sauf au cas de convention expresse ou tacite de cumul, il ne pourra obtenir par elles deux que le montant de la plus avantageuse [4].

SECTION III. — Effets quant aux personnes.

L'obligation, en particulier l'obligation contractuelle, ne produit effet, ne crée de droit à l'exécution qu'entre les parties, au profit exclusif du créancier, à la charge exclusive du débiteur. Elle ne peut, à Rome, produire effet ni au profit d'un tiers, ni à l'encontre d'un tiers. Et cela, croyons-nous, pour un motif très simple : parce qu'on n'a pas encore inventé l'idée qu'un lien formé entre deux personnes puisse être opposé en dehors d'elles, par un autre que le créancier, à un autre que le débiteur [5].

créance de la *poena* existe seule, soit parce qu'on n'a pas fait d'autre contrat, soit parce que le contrat principal est nul.

1. Papinien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 115, 2. Exemple : *Textes*, p. 858. Cela arrive notamment en matière de dette d'argent, où le montant de la *poena* est une indemnité du retard et où, précisément pour cela, elle ne peut valablement excéder le taux légal des intérêts moratoires (*D.*, 22, 1, *De usuris*, 9, *pr.* ; la règle paraît violée dans l'exemple précité).

2. Le cumul est la règle dans le système du droit moderne, C. civ., art. 1229 : il est au contraire l'exception à Rome, où par suite du système des condamnations pécuniaires, les dommages-intérêts, dont la *stipulatio poenae* joue le rôle, ne sont pas une indemnité de l'exécution tardive ou incomplète, mais de l'inexécution totale.

3. Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 44, 6. Papinien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 115, 2.

4. Julien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 28. Ulpien, *D.*, 17, 2, *Pro socio*, 41. 42. Paul, *D.*, 17, 2, *Pro socio*, 71. Encore peut-on se demander si ici comme ailleurs (cf. p. 407, n. 2 : p. 672, n. 2) le droit d'intenter l'action la plus avantageuse après l'autre pour l'excédent ne date pas seulement de Justinien. V. en ce sens, en particulier pour le premier texte, H. Krueger, *Z.* de Grünhut, 1897, pp. 413-414.

5. C'est là, croyons-nous, l'explication la plus simple et la plus vraie du sys-

Ce système, qui est calqué sur la réalité, qui est le plus naturel et qui a par conséquent seul existé tant qu'on n'a pas ressenti le besoin d'en inventer d'autres plus artificiels, a ses avantages, ceux que possède aujourd'hui le contrat de commision du droit commercial. Le tiers ne connaît que la personne avec laquelle il traite : quand il traite par exemple avec un mandataire, il n'a à s'occuper ni des limites du mandat ni de la solvabilité du mandant. De même quand il traite avec un associé, avec un tuteur. Mais le régime avait aussi ses inconvénients soit pour l'intéressé, soit pour le tiers. Quant à l'intéressé, au mandant par exemple, ce n'est pas lui qui devient créancier en vertu du contrat fait pour son compte, c'est son mandataire qui le devient, qui est créancier de la chose achetée ; le mandataire est bien obligé, en vertu du mandat, à lui céder ses droits ; mais c'est une simple obligation, un simple lien personnel : si par exemple le mandataire devient insolvable, le mandant est exposé à n'obtenir qu'un dividende. Quant aux tiers, si le mandataire est tenu envers eux, il est seul tenu : s'il est insolvable, ils ne peuvent agir directement contre le mandant. Tout leur droit sera de concourir avec les autres créanciers du mandataire sur le montant de l'action *mandati contraria* fondée par l'acte fait avec eux seuls. En résumé, le *paterfamilias*, le citoyen qui traite par l'intermédiaire d'autrui, n'a pas la même sécurité que s'il traitait lui-même, parce qu'on ne peut devenir créancier par l'intermédiaire d'autrui, et il n'offre pas les mêmes garanties, parce qu'on ne peut devenir débiteur par l'intermédiaire d'autrui.

Le premier inconvénient a été non pas supprimé, mais atténué de toute antiquité, par le droit pour le *paterfamilias* de devenir créancier par ses personnes en puissance, *per liberos et servos*, dit-on en visant les deux puissances les plus pratiques à l'époque récente, *per personas in potestate manu mancipiove*, dit-on dans une formule plus complète et plus technique[1]. Au contraire anciennement il ne pouvait devenir

tème qu'on appelle parfois le système romain de la non-représentation. Elle nous paraît ne pas être contredite, mais confirmée par la démonstration, contenue dans l'ouvrage de M. Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1885, pp. 13-19, de l'incompatibilité de la représentation et des modes de s'obliger de l'ancien droit (v. sur les autres explications, les pp. 9-13). Cf. sur l'ensemble de la théorie de la représentation, le même auteur, *Privatrecht*, 1, 1908, pp. 203-236.

1. Les deux applications les plus importantes sont les créances acquises *per liberos et per servos*, sur la casuistique desquelles nous croyons au reste superflu d'insister. Cf. *Inst.*, 3, 17 ; *D.*, 45, 3, *De stipulatione servorum* ; *Inst.*, 3, 28, *Per quas personas nobis obligatio adquiritur*. Le maître devient créancier par son esclave, en vertu de tous les contrats dans lesquels l'esclave joue le rôle de stipulant au sens large. L'acquisition a lieu, quelle que soit la cause du contrat, sans qu'il y ait à s'occuper de savoir si dans la formule l'esclave a stipulé pour lui-même ou pour le maître (*Inst.*, 3, 17, *De stip. serv.*, 1 ; restriction, *Inst.*, *h. t.*, 2), sans qu'il y ait davantage à s'occuper de la volonté du maître, même quand il est *furiosus* ou *infans*, même malgré lui (Julien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 62), mais en vertu de la propriété, par conséquent à condition que l'esclave ait un maître, et non pas si c'est un esclave sans maître, sauf une restriction faite pour l'esclave de

débiteur ni par ces personnes, ni par les personnes étrangères qui n'étaient pas en sa puissance (*per personas extraneas*) et il ne pouvait pas devenir créancier par ces personnes étrangères (*per personas extraneas*).

Ce régime a été modifié, en laissant de côté des atténuations indépendantes et plus restreintes, par exemple les dérogations à la prohibition des stipulations et promesses pour autrui (p. 457 et ss.), par la théorie prétorienne des actions *adjecticiae qualitatis*[1], qui permet de poursuivre le maître, le préposant, à raison des actes juridiques[2] de ses personnes en puissance, de ses fondés de pouvoir, sinon au préposant d'agir à raison de ceux des fondés de pouvoir. Nous étudierons en trois paragraphes dans quelle mesure cette théorie permet au citoyen soit de devenir débiteur par les actes de ses personnes en puissance ou par ceux des tiers, soit de devenir créancier par ceux des tiers ; puis nous nous occuperons, dans un autre paragraphe, des règles tout à fait indépendantes en vertu desquelles une personne peut être débitrice à raison des délits de ses personnes en puissance (actions noxales).

l'hérédité jacente (*Inst.*, *h. t.*, *pr.*) ; par conséquent aussi, s'il y a plusieurs maîtres, proportionnellement à leurs parts de propriété (*Inst.*, *h. t.*, 3 ; v. les *Inst.*, *h. t.*, 3, pour une exception, et 3, 28, *Per quas pers.*, 2, pour le cas de propriété démembrée). Le père devient créancier par ses enfants en puissance de la même façon, sauf trois différences principales : 1° le caractère nécessaire de l'acquisition de la créance au père s'est restreint avec le temps dans la mesure où a été reconnue l'aptitude du fils à avoir un patrimoine propre (pp. 143-145) ; 2° la puissance paternelle n'est pas susceptible de division ni de démembrement ; 3° quand un fils de famille fait une stipulation comme *adstipulator*, la créance reste sur sa tête, tandis que l'*adstipulatio* d'un esclave serait nulle (Gaius, 3, 114).

1. On peut encore, si l'on veut, voir une exception, alors plus ancienne et beaucoup plus large, dans la règle selon laquelle tous les contrats qui peuvent se former entre absents peuvent se conclure par messager comme ils peuvent se conclure par lettre (*per nuntium vel epistulam*) : *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 2, 2 ; *D.*, 17, 1, *Mand.*, 1, 1 ; *D.*, 13, 5, *De pec. const.*, 14, 3. Le *nuntius* est, dit-on parfois, un auxiliaire, donnant un simple concours matériel à l'acte par opposition au représentant, qui joue un véritable rôle juridique en concluant lui-même l'acte (de Ihering, *Gesammelte Aufsätze*, 1, 1881, p. 122 et ss. Dernburg-Sokolowski, § 105, n. 3) ; d'autres le considèrent comme représentant l'intéressé dans la manifestation de sa volonté par opposition aux véritables représentants qui le représentent dans sa volonté même (Windscheid, 1, § 73, n. 2). Mais il est incontesté qu'il ne fait que porter à l'un des contractants la volonté de l'autre, qu'il n'est, comme on a dit, qu'une lettre parlante. Pour admettre son intervention, on n'a donc eu besoin de reconnaître que la possibilité de contracter entre absents, et non celle de contracter par l'intermédiaire d'autrui. Cf. sur la définition du *nuntius*, Mitteis, *Stellvertretung*, pp. 128-137 ; *Privatrecht*, 1, pp. 205-207. — Il faudrait encore moins considérer comme une représentation l'activité du courtier (*proxeneta*) qui fait métier de provoquer la conclusion des contrats en transmettant les offres des intéressés des uns aux autres moyennant une rémunération recouvrée par voie d'*extraordinaria cognitio* (*D.*, 50, 14, *De proxeneticis*).

2. Ces actions résultent en première ligne des contrats, mais aussi d'autres actes juridiques se rapportant au préposé ou à la personne en puissance. En revanche, elles ne le font pas, d'après l'opinion dominante que nous croyons vraie, de leurs délits.

§ 1. — **Dettes contractées par l'intermédiaire des personnes en puissance.**

Sauf en matière de noxalité et d'adition d'hérédité, le chef de famille ne pouvait devenir débiteur par ses personnes en puissance : il pouvait devenir créancier ; mais il ne pouvait devenir débiteur : ce qui jusqu'à un certain point l'empêchait même de devenir créancier, parce que les actes de la vie pratique sont surtout des actes commutatifs où on ne devient créancier qu'en fournissant un équivalent. Et ce fut, avons-nous déjà vu (p. 98), afin de remédier à cet inconvénient que le préteur permit, vers la fin de la République, aux chefs de famille de s'obliger, *jure praetorio*, par l'intermédiaire de leurs personnes en puissance[1].

Il décida, d'une part, que le chef de famille serait obligé pour le tout, quand une personne en puissance aurait pris un engagement en vertu de sa volonté soit pour un acte particulier (action *quod jussu*), soit dans l'exercice d'un commerce maritime (action *exercitoria*), soit dans l'exercice d'un commerce ou d'une industrie terrestre (action *institoria*) et il décida, d'autre part, que le chef de famille serait tenu, sans rien de tout cela, des engagements de la personne en puissance, dans la mesure de son enrichissement et du montant du pécule, quand cette personne aurait un pécule ou qu'il aurait tiré un profit de l'acte (action *de peculio et de in rem verso*, parfois complétée par l'action *tributoria*).

En conséquence[2], l'action résultant du contrat, par exemple l'action *venditi*, si la personne en puissance a acheté, sera délivrée, dans tous ces cas, contre le *paterfamilias* avec une modification donnant au juge le pouvoir de condamner le père s'il reconnaît que la personne en puissance a traité, probablement sous la forme d'une formule avec transposition portant dans l'*intentio* le nom de la personne en puissance et dans la *condemnatio* celui du *paterfamilias*[3], avec en outre l'addition de la

1. *Inst.*, 4, 7, *Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur.* Cf. Mandry, *Gemeines Familiengüterrecht*, 2, pp. 209-311. Baron, *Die adjecticischen Klagen*, 1882. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1121-1167. E. Seckel, *Aus römischem und bürgerlichem Recht* (*Festschrift Bekker*), 1907, pp. 323-382. Sur la date d'introduction des diverses actions v. pp. 679, n. 2. 680, n. 1 et 2. 681, n. 2. 682, n. 2.

2. Cf. sur la formule des différentes actions, Lenel, *Edictum*, §§ 101-105.

3. La doctrine selon laquelle nos différentes actions ont ce qu'on appelle souvent en partant de Gaius, 4, 35, une formule rutilienne, une formule avec transposition de sujets dont l'*intentio* porte le nom de celui qui a fait l'acte (*quidquid L. Titium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona,* en matière de vente par ex.) et la *condemnatio* le nom de celui à qui on l'oppose (*ejus judex N. Negidium A. Agerio condemnato*) est la plus répandue et est, croyons-nous, la plus vraie. Elle est due à Keller, *Litiscontestatio und Urtheil*, 1827, pp. 420-432, et a été, en dernier lieu, victorieusement défendue par Lenel, *Edictum*, pp. 252-262. 274-278 (*Ed.*, 1, pp. 301-314. 330-334). Cf. aussi P. Krueger, *Z. S. St.*, 4, 1884, pp. 108-111 et la scolie décisive de Stéphane, *Bas.*, 12, 1, 61. Les formules de nos diverses actions auraient au contraire été rédigées *in factum*, d'après une doctrine soutenue notamment par Mandry, p. 259 et ss., et Brinz, *Pandekten*, 2, pp. 203 et ss., et elles auraient eu une *intentio in jus* au nom du préposant fondée sur son obligation

fiction de la liberté au cas de contrat d'un esclave, peut-être aussi, le cas échéant, avec d'autres additions [1]. Seulement l'action, qui avait ainsi partout le même type fondamental, devait prendre, suivant les différents cas, une rédaction différente, soit quant à la *demonstratio*, qui indiquait à raison de quelles circonstances le défendeur était tenu des actes de ses personnes en puissance, soit quant à la *condemnatio*, qui, dans la première combinaison, disait de condamner au tout et qui, dans la seconde, disait seulement de le faire dans la mesure du pécule et de l'enrichissement.

Les trois variétés de la première combinaison ont pour trait commun que la personne en puissance a agi d'après la volonté du *paterfamilias*. Dans la première, dans l'action *quod jussu* [2], ainsi nommée des premiers mots de l'édit et de la formule, la volonté a été exprimée très nettement d'une manière formelle et explicite : le *paterfamilias* est tenu en vertu de son *jussum* [3], c'est-à-dire non pas, comme on a cru et comme on croit encore quelquefois, d'un ordre, mais d'une déclaration par laquelle il consent à assumer les conséquences de l'acte ou des actes de la personne en puissance [4]. Dans la seconde et la troisième variétés, dans l'action

prétorienne exprimée par les mots *quidquid patrem* (*dominum*) *praestare oportet* (cf. *D.*, 23, 3, *De j. d.*, 57), suivant une autre doctrine exposée par Baron, p. 136 et s.

1. Sans cela, comme ont remarqué les adversaires de la formule avec transposition, le juge, auquel la formule dirait de condamner le maître si l'esclave est obligé, absoudrait forcément le défendeur, les esclaves étant incapables de s'obliger par leurs contrats. Mais la difficulté disparaît avec l'insertion dans la formule d'une fiction de liberté (cf. *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 24, 2 : *In dominum actio sic datur, ut emptor eadem consequatur quae libero vendente consequi debuisset*; *D.*, 45, 2, *De duob. reis*, 12 : *Si servus spoponderit, in actione de peculio eadem observari debent, ac si liber fuisset*; *D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 12 : *Utilis institoria actio*). La formule portera, par exemple, quand le maître est poursuivi en vertu d'une vente faite à l'esclave : *Quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset, ex jure quiritium A. Agerio dare facere oporteret ex fide bona.* Des fictions analogues étaient sans doute employées au cas de décès du fils ou de l'esclave (*si Stichus tum liber fuisset, tum si heredem ejus... oporteret*, ou encore *si ejus nomine dari oporteret*), au cas où l'action est intentée à raison de l'acte d'un impubère (*si pubes fuisset*), etc.

2. *D.*, 15, 4, *Quod jussu.* Gaius, 4, 70. *Inst.*, *h. t.*, 1. Cf. Pernice, *Labeo*, 1, p. 507. L'action est déjà connue par Labéon, *D.*, *h. t.*, 1, 9.

3. V. sur cette forme du mot, Gide, *Etudes sur la novation*, 1879, p. 388, n. 2.

4. Le *jussum* est, en dépit des conclusions menteuses souvent tirées de l'acception récente du mot *jubere* et de ses dérivés, non pas un ordre, mais une adhésion, une déclaration par laquelle on assume les conséquences d'un acte. C'est le sens du mot *jubere* dans l'interrogation adressée par le magistrat au peuple : *Velitis jubeatis quirites* (p. 14, n. 2), où précisément le droit du peuple de refuser cette adhésion a conduit au sens moderne d'ordonner. La portée primitive du mot s'est mieux conservée en droit privé, où le *jussum patris* donné pour le mariage de l'enfant n'est pas un ordre, mais une déclaration qu'il assume les conséquences de ce mariage, les enfants qui en naîtront ; où le *jussum patris aut domini*, donné pour l'adition d'une hérédité dévolue à la personne en puissance, est une déclaration qu'il assume les conséquences de cette adition, les dettes héréditaires ; il n'en est pas autrement du *jussum* par lequel le père assume, *jure praetorio*, les

exercitoria [1], ainsi appelée de l'armateur (*exercitor*) qui a fait un individu en sa puissance capitaine d'un navire (*magister navis*), et dans l'action *institoria*, ainsi nommée à l'inverse de l'individu en puissance qui a été préposé par son chef de famille à la direction d'un commerce ou d'une industrie terrestre (*insiitor*) [2], la volonté résulte implicitement de l'autorisation donnée à la personne en puissance de faire le commerce maritime ou terrestre : on considère qu'il a par là donné pouvoir à la personne en puissance de l'engager pour les besoins du navire ou de l'entreprise. Et, en conséquence, dans les trois hypothèses, l'action est donnée contre lui aux tiers qui ont traité avec la personne en puissance, en considération de ce pouvoir [3], pour l'intégralité de la dette (*in solidum*) et à un moment quelconque (*in perpetuum*).

conséquences du contrat de la personne en puissance. Cf. Gide, *Novation*, pp. 458-476. La meilleure preuve en est qu'à la différence de l'ordre qui ne pourrait être adressé qu'à la personne en puissance, avant l'acte, le *jussum* peut être adressé au tiers, avant ou après l'acte. Cf. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 1 : *Jussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter uno contractu jusserit sive generaliter. Et ideo et si sic contestatus sit : 'Quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo', videtur ad omnia jussisse nisi certa lex aliquid prohibet* ; 1, 6.

1. *D.*, 14, 1, *De exercitoria actione*. Gaius, 4, 71. *Inst.*, *h. t.*, 2. Cette action est déjà connue d'Ofilius, *D.*, *h. t.*, 1, 9. M. Mitteis, *Stellvertretung*, p. 25, n. 1, remarque qu'elle doit être postérieure à l'édit contre les *nautae, caupones et stabularii* (p. 618), qui sans cela aurait employé pour désigner le propriétaire de navire (*D.*, 4, 9, *De receptis*, 1, 2) le nom d'*exercitor* au lieu de celui de *nauta*.

2. *D.*, 14, 3, *De institoria actione*. Gaius, 4, 71. *Inst.*, *h. t.*, 1. Cette action est déjà connue de Ser. Sulpicius, *D.*, *h. t.*, 5, 1. V. un relevé des services très variés rentrant dans son domaine, chez M. Mitteis, p. 24, n. 3.

3. Nous devons signaler dès ici une question qui se pose à la fois pour les préposés *alieni juris* à raison des actes desquels on donne les actions institoire et exercitoire et pour les préposés *sui juris* à raison des actes desquels on donne ces deux actions et l'action quasi-institoire (p. 683 et ss.). C'est la question de savoir s'il est nécessaire à l'existence de ces actions, comme à celle de l'action *quod jussu*, que le tiers ait eu connaissance du pouvoir du préposé, ait su que celui-ci agissait pour le compte du préposant. Le préposé ne peut évidemment à Rome, comme il le peut aujourd'hui, déclarer qu'il traite au nom du préposant dans le but de le rendre débiteur à sa place, puisque c'est un résultat que le droit romain n'admet pas. Il faut même reconnaître qu'en général, il ne dira sans doute pas agir dans le but de rendre le préposant débiteur à côté de lui et qu'en tout cas il n'a pas besoin de le dire ; car, si ce langage peut s'expliquer depuis la reconnaissance de nos actions, l'édit qui les a créées a dû viser des marchés déjà en usage dans lesquels cette façon de parler eût été inconcevable. Le préposé n'avait donc certainement pas besoin, pour rendre le préposant débiteur à côté de lui, d'exprimer la volonté d'atteindre ce résultat. Et des auteurs en ont conclu que nos actions existent par le fait seul de la préposition, même quand le tiers contractant ne l'a pas connue. V. dans ce sens en dernier lieu, Schlossmann, *Das Kontrahiren mit offener Vollmacht*, 1892. Mais les deux choses ne sont pas liées, et la doctrine dominante, défendue contre les objections de M. Schlossmann par M. Lenel, *Jahrbücher* de Ihering, 30, 1896, pp. 131-144, admet, en partant du texte probable des édits sur nos actions et des besoins en vue desquels ils ont été faits, que le préposant est tenu seulement quand le tiers a su, en contractant, traiter avec un préposé agissant pour le compte d'autrui.

Dans la seconde combinaison, l'obligation mise par le préteur à la charge du chef de famille n'existe pas toujours *in solidum* ni *in perpetuum*.

Quand la personne en puissance a contracté des dettes sans être préposée à un commerce maritime ou terrestre et sans qu'il y eût de *jussum*, les créanciers ont bien le droit de poursuivre le chef de famille par l'action du contrat jusqu'à concurrence de l'utilité que lui a procurée ce contrat (*in rem versum*)[1]; mais, pour l'excédent, ils ne peuvent le poursuivre que dans les limites de l'actif du pécule (*de peculio*)[2]. Le chef de famille est tenu seulement par l'action du contrat donnée *de peculio et de in rem verso*, où l'on croit voir parfois deux actions distinctes, qui, en réalité, était une action unique avec deux chefs de condamnation[3], et qui par conséquent, remarquerons-nous, étant possible même quand il n'y a rien dans le pécule[4], ou quand il n'y a pas de pécule, devait, au point de vue de la rédaction de la formule, viser dans sa *demonstratio*, non pas l'existence d'un pécule, mais simplement celle de la *potestas*[5]. Il résulte même de la seconde limitation que le chef de famille, étant condamné quant au pécule, seulement dans la limite des forces de ce pécule, il ne pourra plus être condamné quand le pécule ne contient plus rien, quand il aura déjà été épuisé par le paiement d'un créancier plus rapide[6], quand il aura été épuisé par le paiement des propres créances du chef de famille qui peut, aussi bien qu'un tiers, être créancier du pécule et qui naturellement se paiera toujours le premier[7]. Le paiement est,

1. *D.*, 15, 3, *De in rem verso*.
2. *D.*, 15, 1, *De peculio*. *Inst.*, *h. t.*, 4. L'action est connue de Servius, *D.*, *h. t.*, 17. Ici le chef de famille est tenu, en dehors de tout consentement, par le fait même de la constitution du pécule. Gaius, *D.*, *h. t.*, 29, 1 : *Etiamsi prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio*. Exemple, *D.*, *h. t.*, 47, *pr.*
3. Gaius, 4, 74 *a* : *Eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur*. *Inst.*, *h. t.*, 4 *b* : *Licet enim una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes*. Cf. Lenel, *Edictum*, pp. 270-272 (*Edit*, 1, pp. 324-326).
4. *D.*, *h. t.*, 30, *pr.* : *Intenditur enim recte, etiamsi nihil sit peculio*.
5. V. en ce sens Lenel, *Edictum*, pp. 272-274 (*Ed.*, 1, pp. 326-329) (qui propose en conséquence pour l'action *depositi de peculio* la *demonstratio* suivante : *Quod A. Agerius apud Stichum qui in N. Negidii potestate est, mensam argenteam deposuit*). En sens contraire, Baron, p. 148. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1143-1144. Le principal argument pour soutenir que la formule restreignait l'action au contenu du pécule est, à notre avis, dans les textes qui paraissent admettre que l'on peut agir de nouveau si d'autres biens entrent ensuite dans le pécule (*D.*, *h. t.*, 30, 4. 47, 2 ; *D.*, 12, 2, *De j. j.*, 26, 1, par ex.) ; mais ces textes peuvent s'expliquer par une *in integrum restitutio* rendant l'action éteinte et ils seraient à la rigueur explicables sans cela.
6. Gaius, *D.*, *h. t.*, 10 : *In actione de peculio occupantis melior est condicio, occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit*. *D.*, *h. t.*, 52, *pr.* Exception en faveur des créanciers privilégiés : *D.*, *h. t.*, 52 ; *D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 22, 13.
7. *Inst.*, *h. t.*, 4 *c* : *Cum autem quaeritur quantum in peculio sit, ante deducitur, quidquid servus domino, quive in potestate ejus sit, debet et quod superest id solum*

dirait-on aujourd'hui, le prix de la course : le créancier le plus vigilant aura tout, le suivant n'aura rien [1]. Ce régime imparfait n'est remplacé par le système du paiement des divers créanciers, y compris le chef de famille, au prorata de leurs créances, que dans un cas, dans celui où la personne en puissance a fait, à la connaissance du chef de famille, le commerce avec tout ou partie du pécule (*merx peculiaris*) [2] : alors la fraction du pécule affectée au commerce ou en provenant devra être répartie entre les créanciers au prorata de leurs créances [3] par le chef de famille, qui pourra, si le partage fait par lui est considéré comme injuste, être poursuivi en rectification par la dernière de nos actions prétoriennes, par l'action *tributoria* [4].

Les actions du second groupe ne sont pas toutes perpétuelles. L'action *tributoria* l'est bien et l'action *de peculio et de in rem verso* l'est aussi quant au chef de l'*in rem versum* [5]. Mais quant à celui du pécule, sa vie dépend de l'existence du pécule : elle s'éteint par l'expiration d'une année utile depuis le moment où le pécule a cessé d'avoir une existence distincte sans fraude du chef de famille, par exemple, parce qu'il a été retiré à la personne en puissance, ou parce que la personne en puissance est morte [6].

Voilà la mesure dans laquelle le chef de famille, rendu de tout temps créancier par les actes de ses personnes en puissance, a fini par être rendu débiteur par leurs contrats ou plus largement par leurs actes juridiques. Elle reste en principe la même pour toutes les puissances et pour tous les actes juridiques accomplis dans les conditions de l'une ou

peculium intellegitur. On définit en conséquence le pécule *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet* (p. 99, n. 2) *deducto inde si quid domino debetur* (*D.*, *h. t.*, 3, 4). Ulpien, *D.*, *h. t.*, 9, 2, donne pour raison que *praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditor*. V. pour le détail, *Inst.*, *h. t.*, 4.

1. On a comparé à cela la façon dont l'héritier bénéficiaire paie les créanciers héréditaires d'après le Code civil, art. 808.

2. *D.*, 14, 4, *De tributoria actione*. Gaius, 4, 72. *Inst.*, *h. t.*, 3. L'action *tributoria* est déjà connue de Labéon, *D.*, *h. t.*, 7, 4 ; 9, 2.

3. Paul, *D.*, *h. t.*, 6 : *Non enim haec actio sic ut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed aequalem condicionem quandoque agentium*.

4. *D.*, *h. t.*, 7, 2-4. Cf. Lenel, *Edictum*, § 103. Avantages respectifs de cette action et de l'action *de peculio et de in rem verso* ordinaire : *Inst.*, *h. t.*, 5.

5. *D.*, 14, 4, *De trib. act.*, 7, 5 ; *D.*, 15, 3, *De in rem verso*, 1, 1.

6. *D.*, 15, 2. *Quando de peculio actio annalis est*. Il y avait pour l'action *de peculio* intentée après la disparition du pécule une formule spéciale. Cf. Lenel, *Edictum*, p. 274 (*Ed.*, 1, pp. 329-330). Ici il est sûr que le créancier déduit tout son droit en justice en poursuivant par ex. un des héritiers du maître, bien que cet héritier ne soit tenu que pour la part du pécule qu'il détient, et qu'une nouvelle poursuite ne sera possible que par une restitution de l'action (cf. p. 681, n. 5). A la vérité on avait beaucoup soutenu l'interpolation du texte qui donne ces deux solutions (Ulpien, *2 disp.* : *D.*, *h. t.*, 32, *pr.*), en disant qu'Ulpien était représenté comme s'y contredisant ; mais le texte original d'Ulpien contenu dans les fragments de Strasbourg, 1 (*Textes*, p. 490), a montré qu'il n'y avait pas de contradiction, en nous apprenant que le principe de l'extinction était posé par Julien et l'action restitutoire donnée par Ulpien.

l'autre des combinaisons. Il convient, cependant, pour donner une physionomie exacte du système, d'ajouter deux ou trois observations : 1° Si le *paterfamilias* est en principe obligé de la même façon par toutes les personnes en puissance, il est pratiquement important de remarquer que, tandis que l'esclave ou la personne *in mancipio*, qui l'oblige *jure praetorio*, ne s'oblige que *jure naturali*, le fils de famille, qui l'oblige *jure praetorio*, s'oblige lui-même *jure civili*, en sorte que l'effet de l'édit est de donner le choix au créancier entre deux débiteurs, d'ajouter à la créance civile contre le fils une créance prétorienne contre le père [1], d'où le nom, inventé par les interprètes et parfois mal entendu, des actions *adjecticiae qualitatis* [2] ; 2° En vertu de règles que nous avons vues, c'est le chef de famille qui acquiert la possession et par conséquent la propriété des choses remises pour lui à ses personnes en puissance et qui en devient donc seul débiteur civil dans la mesure où ces personnes avaient qualité pour en recevoir le prêt ou le paiement pour son compte, aux cas de *mutuum* et de paiement de l'indû [3] ; 3° Le droit romain a admis, depuis une époque plus ou moins ancienne, qu'au cas où le chef de famille se trouvait tenu non seulement par l'action *de in rem verso*, mais par l'action *quod jussu*, par l'action institoire ou l'action exercitoire, le tiers pouvait, s'il le préférait, le poursuivre civilement en répétition par une *condictio* dont on semble rattacher l'origine à l'idée de *jussum* [4].

1. Papinien, *D.*, 14, 1, *De exercitoria act.*, 5, 1 : *Hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur*. Ulpien, *D.*, 15, 1, *De pec.*, 44 : *Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio*.

2. L'esclave et le fils diffèrent encore, au point de vue de nos actions, en ce que, d'après le sénatus-consulte Macédonien, le fils ne peut engager le père *de peculio* en empruntant de l'argent (p. 528, n. 7), tandis que l'esclave le peut et en ce que l'esclave à la différence du fils est incapable d'engager son pécule dans l'intérêt d'autrui (*intercessio* ; *D.*, 15, 1, *De pec.*; 3, 5. 6. 9).

3. Paul, *D.*, 15, 4, *Quod jussu*, 5, *pr*. Mais cf. le même, *D.*, *h. t.*, 2, 1, qui donne au contraire l'action *quod jussu* à raison du prêt fait *jussu patris aut domini* à une fille ou une *ancilla*. On pourrait essayer de lever l'antinomie en rapportant le second texte au cas, très ordinaire, où le prêt a été accompagné d'un contrat verbal. M. Gérardin, *N. R. H.*, 1900, p. 27 et ss., estime au contraire que le second texte pose la règle et que, dans le premier, la personne en puissance a simplement reçu la numération des deniers en vertu d'un emprunt conclu personnellement par le père ; qu'en conséquence le *mutuum* fait, comme les autres contrats, naître l'action directe contre le fils et seulement l'action *adjecticiae qualitatis* contre le père. V. le même article sur d'autres textes et un argument tiré du sénatus-consulte Macédonien.

4. *Inst.*, *h. t.*, 8 : *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem ejus versum fuerit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condicit placet, quia hujus quoque jussu contractum intellegitur*. La *condictio* résultant de l'*in rem versum* ne fait pas grande difficulté ; celle remplaçant les actions *quod jussu*, institoire, exercitoire, en fait beaucoup plus. On a voulu entendre le texte de la prétendue *condictio generalis* d'Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 9 (p. 622, n. 3), ou des règles spéciales relatives au *mutuum* et à la *condictio indebiti* dont nous venons de parler ; mais, dans le second cas, il devrait dire que sa règle est vraie seule-

§ 2. — **Dettes contractées par l'intermédiaire des tiers.**

L'ancien droit civil n'admettait pas que les citoyens pussent devenir débiteurs par l'intermédiaire de leurs personnes en puissance. Il admettait encore bien moins qu'ils pussent le devenir par celui de personnes étrangères, d'*extraneae personae.* Le droit récent, en particulier le droit prétorien, étendit au contraire le système des actions *adjecticiae qualitatis* aux engagements pris par une personne pour le compte d'une autre, par un mandataire pour le compte de son mandant.

D'abord, l'édit du préteur, soit dès le moment où il admit les actions exercitoire et institoire contre le préposant à raison des actes des préposés en sa puissance, soit tout au moins peu de temps après, les admit également contre le préposant à raison des actes des préposés étrangers : l'édit, dans la forme où il nous est connu, ne semble pas distinguer. Désormais, donc, le citoyen fut tenu envers le tiers à raison du mandat industriel ou commercial, du pouvoir donné à une personne de faire pour son compte un commerce ou une industrie maritime ou terrestre, que ce mandat eût été donné par lui à une de ses personnes en puissance ou à un mandataire libre[1].

En matière de mandat civil, la réforme ne fut pas faite par le préteur ; elle fut faite par l'action des jurisconsultes, postérieurement à la codification de l'édit opérée par Julien : Papinien fit admettre que, quand un tiers aurait traité avec un mandataire, on lui donnerait contre le mandant une action utile semblable à l'action institoire, que les modernes appellent l'action quasi-institoire[2]. A partir de là donc aussi le

ment à la condition qu'il y ait eu *res* ; dans les deux, on ne comprendrait pas pourquoi sa règle s'appliquerait seulement à l'hypothèse d'*in rem versum* et aux actions *quod jussu*, *institoria* et *exercitoria*, à l'exclusion de l'action *de peculio*. On évite les deux objections en voyant là l'expression de l'idée que le *jussum* donné à raison d'un acte d'une personne en puissance oblige le *paterfamilias*, *jure civili* : ce paraît bien être la pensée des Institutes qui parlent d'abord de l'action *quod jussu* et qui appliquent ensuite la même solution aux actions institoire et exercitoire en disant qu'elles aussi impliquent un *jussum*. En tout cas, la *condictio* fondée sur le *jussum* paraît bien figurer dans quelques textes de la période classique (*D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 17, 4. 5 ; *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 29). Cf. cependant Mitteis, *Iahrbücher* de Ihering, 39, 1897, pp. 167-173 ; *Privatrecht*, 1, p. 227.

1. *Inst.*, 4, 7, *Quod cum eo*, 2 *a* : *Istas tamen duas actiones* (*institoriam et exercitoriam*) *praetor reddit et si liberum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernae aut cuilibet negotiationi praeposuerit scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.* Gaius, 4, 71. Exemple : un esclave *institor* maintenu en fonctions après son affranchissement (Papinien, *D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 19, 1).

2. Papinien, *D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 19, *pr.* : *In eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio : quod aeque faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit* ; *D.*, 17, 1, *Mand.*, 10, 5 ; *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, 25. MM. Bonfante, *Istituzioni*, 5e éd., pp. 167 et 384, et Albertario, *L'actio quasi institoria*, Pavie, 1912, ont soutenu récemment que cette action n'aurait pas été introduite par Papinien, mais seulement par Justinien. Mais son existence dès le temps de Papinien nous paraît avoir été victorieusement établie par M. Solazzi, *Azioni del pupillo e contra pupillo*, 1913, pp. 143-171 (*B. Ist. D. R.*, 23, 1911), où il prétendait même à tort

mandant fut tenu envers les tiers au cas de mandat civil. Il devait en être exactement de même au cas non plus de mandat, mais de gestion d'affaires, quand les actes du gérant avaient été ratifiés par le géré : le tiers devait avoir encore alors, en vertu de la ratification, à côté de l'action directe contre le gérant, une action utile contre le géré. Et les mêmes règles s'appliquent sans peine aux actes faits par un associé pour le compte social, quand il a agi en vertu de ses pouvoirs ou que ses actes sont ratifiés, à ceux aussi faits par un tuteur ou par un curateur pour le compte de l'incapable dont il gère les biens. Il est beaucoup plus douteux, pour le droit antérieur à Justinien, qu'au cas de gestion d'affaires non ratifiée ou, ce qui revient au même, au cas où le mandataire a agi en dehors de son mandat, le tiers ait, contre l'intéressé, comme le voulaient nos anciens interprètes, une action *de in rem verso* ou une action *de in rem verso* utile. Cette conception est une suite du système qui voyait dans l'action *de in rem verso* une action distincte. Elle est incompatible en droit classique avec l'action unique à la fois *de peculio* et *de in rem verso* supposant celui qui a agi *in potestate*. Elle s'appuie principalement sur une constitution de Dioclétien [1], que d'autres constitutions du même empereur prouvent être interpolée [2], et elle n'a probablement été admise que par Justinien [3].

Mais il faut bien remarquer une chose : c'est que, soit dans le cas d'action *de in rem verso* utile admise par Justinien, soit dans les cas de mandat civil ou commercial et de gestion d'affaires ratifiée sanctionnés auparavant par les actions exercitoire, institoire et quasi-institoire, l'effet de la réforme n'a pas été de faire passer l'action de la tête d'un sujet passif sur celle d'un autre, mais de donner au créancier un second débiteur à côté du premier [4]. Il n'y a pas là une véritable représentation

la faire remonter à Labéon, et pp. 245-265 (où il retire cette dernière idée), et M. Rabel, *Festschrift Zitelmann*, 1913. Sur le fr. *D.*, 3, 5, *De neg. gest.*, 30 (31), *pr.*, cf. Schlossmann, dans les *Iahrbücher* de Ihering, 28, 1889, pp. 287-343 et Solazzi, pp. 157-162.

1. *C.*, 4, 26, *Quod cum eo*, 7, 3 : *Alioquin si cum libero rem agente ejus, cujus precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.*

2. *C.*, 2, 24 (25), *Si tutor vel curator*, 4.

3. Il a suffi pour cela de renverser le sens du texte par l'addition de la finale *nisi vel in rem ejus pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.* V. la démonstration plus détaillée de Lenel, *Archiv*, 77, 1892, pp. 354-362 ; cf. Schlossmann, *Iahrbücher* de Ihering, 34, 1896, pp. 316-335, qui voit même dans cette interpolation un simple essai maladroit d'explication, insuffisant pour impliquer de la part de ses auteurs la création de l'action *de in rem verso utilis*. — Une finale symétrique pourrait également avoir été ajoutée par les compilateurs dans un texte du Digeste invoqué dans le même sens, *D.*, 17, 2, *Pro socio*, 82 : *Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.* Mais on peut aussi rapporter ce texte aux rapports des associés entre eux. V. en ce sens, Lenel, p. 354.

4. Papinien, *D.*, 14, 1, *De exerc. act.*, 5, 1 (p. 683, n. 1). Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 17 : *Est autem nobis electio utrum exercitorem an magistrum convenire volumus.*

ayant pour résultat de faire considérer l'acte du représentant comme ayant été accompli par le représenté ; car, si désormais celui pour lequel a été fait l'acte est soumis aux poursuites, celui qui y a figuré y est toujours soumis : une véritable représentation impliquerait, d'une part, que le représenté fût soumis aux poursuites, quoique n'ayant pas figuré à l'acte, et, d'autre part, que le représentant ne fût pas soumis aux poursuites, quoique ayant figuré à l'acte.

La représentation passive est plus complète seulement dans deux cas : 1° dans celui où l'individu qui a agi pour le compte d'autrui est non pas un fondé de pouvoir conventionnel, mais un fondé de pouvoir légal, un tuteur, un curateur, un administrateur des biens d'une personne morale : ces personnages étaient seuls tenus dans l'ancien droit des engagements pris par eux pour le compte des pupilles, des incapables. Le droit nouveau permit de poursuivre, à raison de leurs engagements, après l'expiration de leurs fonctions, ceux dont ils avaient géré les affaires, comme on peut poursuivre les mandants à raison des engagements des mandataires ; mais de plus il leur permit alors à eux-mêmes de se soustraire aux poursuites, de repousser par une exception les actions intentées contre eux à raison des engagements pris pour le compte des incapables[1] ; 2° dans celui où l'obligation résulte d'un *mutuum* ou d'un paiement de l'indû : depuis l'époque et dans la mesure où la possession peut s'acquérir *per extraneam personam*, ce sera l'intéressé, pupille, mandant, et non pas le fondé de pouvoir, mandataire, tuteur, qui sera obligé *re* à la restitution[2]. On peut dire que la représentation parfaite est admise là au point de vue passif, *jure civili*, comme elle l'est dans le cas précédent, *jure praetorio*, par un jeu de procédure ; mais c'est tout.

§ 3. — Créances acquises par l'intermédiaire de tiers.

Il y a, au principe qu'on ne devient pas créancier *per extraneam personam*, deux dérogations correspondant aux deux hypothèses de représentation parfaite que nous venons de rencontrer au point de vue passif : 1° On devient débiteur *ex mutuo*, *ex solutione indebiti*, parce que l'on peut acquérir par l'intermédiaire d'autrui la possession qui, accompagnée du juste titre, entraînera la propriété des choses prêtées ou payées indûment. On peut également par l'intermédiaire d'autrui se dépouiller de la possession et par conséquent de la propriété. On deviendra donc aussi, par l'intermédiaire d'autrui, créancier *ex mutuo*, créancier de

1. *D.*, 26, 9, *Quando ex facto tutoris vel curatoris*, 5 ; Antonin Caracalla, *C.*, 5, 39, *Quando ex facto tutoris*, 1 : *Nam tutores curatoresque finito officio non esse conveniendos ex administratione pupillorum adulescentiumque saepe decretum est.* V. p. 217, n. 4, et Mitteis, *Privatrecht*, 1, pp. 223-224.

2. V. pour le *mutuum*, p. 521, n. 4, pour la *condictio indebiti*, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 57 1. Cf. pourtant Gérardin, *N. R. H.*, 1900, pp. 29-32.

l'indû et le tiers qui aura remis les deniers ne le deviendra pas[1]. 2° De même le tuteur, le curateur, l'administrateur d'une personne morale, qui fait un contrat pour le compte de l'incapable et qui devient seul créancier d'après le droit civil voit, en droit nouveau, à la fin de ses pouvoirs, la créance paralysée dans ses mains par une exception en même temps qu'elle est transférée comme action utile sur la tête de l'ex-incapable[2]. Ici encore la représentation parfaite est admise *jure civili*, dans le premier cas, et *jure praetorio*, par un jeu de procédure, dans le second.

Mais la question est de savoir ce qu'il faut admettre dans les autres cas, dans ceux où le fondé de pouvoir est un fondé de pouvoir conventionnel et non pas légal et où c'est à lui que la créance a été acquise *jure civili*. Ne faut-il pas admettre qu'on a fait, *jure praetorio*, au point de vue actif, une réforme symétrique à celle qui a été faite au point de vue passif, que le mandataire qui rend désormais le mandant débiteur prétorien le rendra aussi créancier prétorien ?

On a soutenu, en vertu de l'analogie et de considérations d'équité apparente plus encore qu'à raison de textes décisifs, que cette réforme aurait été faite sous l'influence d'Ulpien[3] ; qu'on aurait fait alors pour

1. Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 126, 2 : *Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae adquireretur* (qu'à la vérité M. Gérardin, pp. 33 et ss., entend d'une *condictio* quasi-contractuelle produisant sensiblement les mêmes effets). Nous avons vu, p. 521, les extensions apportées à la règle pour le cas où les deniers ne viennent pas du prêteur, mais sont remis en son nom sur son ordre et même, d'après Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 9, 8, à son insu. La solution donnée par Justinien, *C.*, 4, 27, *Per quas persona*, 3 (2), en vertu de laquelle le mandant aura l'action hypothécaire, est une extension de la même idée, par suite de laquelle on a interpolé, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 21, *pr.* ; v. pour le droit classique, *D.*, 13, 7, *De P. A.*, 11, 6.

2. Ulpien, *D.*, 26, 9, *Quando ex facto*, 2 (tuteur, curateur) ; *D.*, 13, 5, *De pec. const.*, 5, 9 (*actor municipum*, tuteur, curateur) ; *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 26 (tuteur, curateur, mandataire d'un militaire) ; Dioclétien, *C.*, 5,39, *Quando ex facto*, 4. Cela n'empêche d'ailleurs pas même là Dioclétien de rappeler le principe en disant, *C.*, *h. t.*, 5 : *Per tutorem pupillo actio nisi certis ex causis quaeri non potest*. Cf. Mitteis, *Privatrecht*, 1, pp. 220-223.

3. L'argument d'analogie saute aux yeux. Les considérations d'équité sont aussi faciles à comprendre : l'obligation pour le mandant d'intenter l'action *mandati directa* contre le mandataire afin de se faire céder l'action acquise pour son compte, — l'action *venditi* au cas de vente de sa chose, l'action *empti* et l'action *ex stipulatu duplae* au cas d'achat fait pour lui, la *condictio certae pecuniae* au cas de stipulation du capital et des intérêts faite à la suite d'un prêt de son argent, — est une complication : c'est par là même une source de retard ; c'est de plus une source de périls ; car le mandataire peut être insolvable, et alors, au lieu d'avoir le bénéfice exclusif de la créance, le mandant ne devra pas avoir sur elle plus de droit que les autres créanciers du mandataire. Quant aux textes, on invoque surtout un texte d'Ulpien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 13, 25, où, après avoir rapporté la solution de Papinien donnant à raison de la vente faite par le mandataire une action utile *ad exemplum institoriae actionis* contre le mandant, Ulpien ajoute : *Ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere*. Cette doctrine, admise chez nous par la plupart des auteurs, parfois presque sans discussion, a été défendue en dernier lieu par M. Ruhstrat, *Iahrbücher*

les créances la même chose que pour les dettes, et peut-être davantage ; que, de même que le mandant était désormais reconnu comme débiteur *jure praetorio* à côté du mandataire débiteur *jure civili*, il aurait été reconnu comme créancier prétorien à côté du mandataire créancier civil ; que même, ont dit certains, en même temps que la créance aurait été accordée *jure praetorio* au mandant, elle aurait été paralysée par une exception entre les mains du mandataire.

A notre sens, cette doctrine est inexacte. Le mandataire, celui qui a figuré à l'acte, acquiert en principe la créance pour lui, non seulement d'après le système du vieux droit civil, mais d'après celui du droit prétorien et du droit impérial qui n'a même pas été changé par Justinien. Ce n'est que très exceptionnellement et sous certaines conditions qu'elle passe à l'intéressé, au mandant.

Le principe est d'abord que le mandataire, le fondé de pouvoir devient seul créancier et ne rend pas créancier le mandant, le maître pour lequel il agit. C'est la solution donnée, dans les compilations de Justinien, par de nombreux textes appartenant non pas seulement au temps d'Ulpien, mais à l'époque postérieure, non pas seulement à d'autres jurisconsultes, mais à lui-même [1]. Et c'est, en réalité, la seule justifiable en raison : admettre que l'action fût enlevée au mandataire par une exception, qu'elle pût lui être enlevée par la poursuite du mandant contre le tiers, c'eût été sacrifier ses intérêts, parce qu'il est toujours obligé personnellement. Il est toujours exposé à payer la dette qu'il a contractée pour le compte du mandant ; il doit aussi avoir la créance acquise pour lui, afin de ne la lui rendre sur l'action *mandati directa*,

de Ihering, 26, 1888, p. 481 et ss. V. contre elle Windscheid et les auteurs cités par lui, 2, § 482, n. 18. Il ne faut naturellement pas confondre avec elle l'idée émise par M. Wenger, *Papyrusforschung u. Rechtswiss.*, 1903, pp. 26-28 ; *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 177-178 ; *Stellvertretung im Rechte der Papyri*, 1906, en partant des papyrus, selon laquelle la représentation directe aurait été admise, même entre citoyens romains, d'après le droit provincial égyptien. Mais v. sur cette idée elle-même Mitteis, *Privatrecht*, 1, pp. 230-232 ; *Grundzüge*, pp. 261-263.

1. Le principe est parfaitement posé par Papinien, *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 49, 2, à propos de l'action en garantie : *Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur.* Cf. *D.*, 3, 3, *De proc.*, 68. Il est ensuite répété par Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 126, 2 : *Per liberam personam quae neque juri nostro subjecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam adquirere possumus*, et par Ulpien lui-même, *D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 1 : *Si autem vel alienum servum vel etiam hominem liberum (institorem habuit), actione deficietur : ipsum tamen institorem vel dominum ejus convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum* (où la finale citant Marcellus doit être entendue avec la restriction de Gaius, *D.*, *h. t.*, 2, p. 689, n. 1) et il n'est pas moins impliqué par les termes dans lesquels ils donnent les solutions d'exception rapportées p. 689, n. 1. Enfin il est maintenu sans réserve par Dioclétien, *C.*, 4, 27, *Per quas personas*, 1, où il l'applique à la stipulation du mandataire en disant : *Excepta possessionis causa per liberam personam quae alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse indubitati juris est.*

que quand le mandant l'aura dégagé du recours du tiers ou l'aura mis à même d'y faire face. Le système de la représentation active n'a pu être admis que dans les législations postérieures au droit romain, quand l'évolution de la représentation passive a été achevée, à partir du moment où le mandataire a obligé le mandant sans s'obliger lui-même.

A Rome, il oblige le mandant, mais il s'oblige lui-même. La raison demande donc qu'il conserve en principe, à titre de garantie, les créances qu'il a acquises pour le mandant. Elles ne sont transférées à celui-ci que lorsque ce motif rationnel se trouve hors de cause ou balancé par des considérations contraires : d'une part, peut-être, quand le mandataire n'a plus d'intérêt à les garder, parce qu'il n'est plus exposé aux poursuites des tiers ; d'autre part surtout, quand sans cela les intérêts du mandant seraient mis en péril, par exemple par suite de la mise en faillite du mandataire.

Dans le dernier cas, dans celui de péril du mandant, de faillite du mandataire, on juge inique que la créance acquise pour le compte du mandant soit mise dans la masse de la faillite, ne profite au mandant que comme aux autres créanciers, pour un simple dividende. Les textes disent qu'afin d'empêcher cela, le magistrat pourra autoriser, à titre extraordinaire, le mandant à intenter seul, comme action utile, l'action que le mandataire a acquise pour son compte[1]. Mais c'est la preuve qu'il n'a pas cette action normalement, en vertu d'une règle stable.

Il n'est pas non plus indispensable de laisser l'action au fondé de pouvoir, on peut la reconnaître comme action utile à l'intéressé, quand le préposé n'a pas besoin de la garder parce qu'il n'est pas exposé aux poursuites des tiers. Nous l'avons vu pour les tuteurs et les curateurs. La même chose peut avoir été admise pour les mandataires conventionnels. Le magistrat peut avoir transféré l'action de leur tête sur celle du mandant, quand, dès le principe, ils n'ont pas d'intérêt à la garder, parce

1. Gaius, *D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 2 : *Si modo aliter rem suam servare non potest*, restreint au cas de nécessité la solution d'apparence plus large qui est attribuée peut-être par suite de la suppression de la fin du texte, à Marcellus, *D.*, *h. t.*, 1, et il établit donc l'existence de cette restriction dans le droit de Justinien pour exprimer lequel les compilateurs ont rapproché les deux fragments. Paul, *D.*, 46, 5, *De stip. praet.*, 5, dit que, le cas échéant, le maître pourra obtenir, *cognita causa*, du magistrat, le droit d'agir en vertu de la stipulation de l'*institor*, comme cela existe également au cas de nécessité, venant par exemple de la faillite de l'*institor* : *In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat. Idem est et cum institor in ea causa esse coepit, ut interposita persona ejus dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis ejus venditis : succurrere enim domino praetor debet.* Ulpien, *D.*, 14, 1, *De exerc. act.*, 1, 18, spécifie également, pour les contrats du *magister navis*, que l'édit ne donne pas d'action en vertu de ces contrats à l'*exercitor*, et que c'est en dehors de la procédure ordinaire que le préfet de l'annone à Rome et les gouverneurs en province viennent à son secours : *Solent plane praefecti propter ministerium annonae, item in provinciis praesides provinciarum extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum.*

qu'ils ont été chargés d'un seul acte unilatéral, d'une stipulation [1], ou surtout quand ils n'ont plus d'intérêt à la garder, quand ils se trouvent libérés en face du tiers parce qu'il a agi contre le mandant ou a été payé par lui [2]. Mais cette cession impliquerait encore, croyons-nous, l'examen du magistrat et les vestiges en sont très clairsemés.

§ 4. — Responsabilité délictuelle fondée sur la puissance ou la propriété (*actiones noxales*).

Les chefs de famille deviennent sans difficulté créanciers par les délits dont les personnes ou les choses leur appartenant sont l'objet. Mais, tandis qu'ils ne sont obligés par les contrats ou plus largement par les faits licites de leurs personnes en puissance qu'en vertu d'un développement récent dû à l'édit du préteur, les faits illicites dont les auteurs se trouvent en leur puissance engagent en un certain sens leur responsabilité dès l'époque la plus ancienne. C'est en vertu du système de la noxalité dont l'histoire ramène. avec l'idée de vengeance, aux origines mêmes de la théorie des délits [3].

L'action noxale est l'action par laquelle la victime d'un délit demande à celui qui a l'auteur de ce délit en sa puissance de lui en payer la composition ou de lui en livrer l'auteur. C'est un produit nécessaire de l'évolution qui a conduit de la vengeance privée aux compositions légales en passant par les compositions volontaires. Tant qu'il n'y a pas eu de compositions légales, le droit de la victime du délit a été le même, que l'auteur du délit fût en puissance ou non ; toute la différence produite par la puissance était que la victime avait le droit d'exiger du titulaire de la puissance qu'à peine de s'exposer lui-même à la vengeance, il n'y

1. C'est supposable en vertu de vraisemblances générales plutôt qu'à raison d'un texte d'Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 79 (Lenel, 1604) qu'on a invoqué dans ce sens, mais qui est relatif à la matière distincte de la représentation judiciaire.

2. On pourrait expliquer par là le texte d'Ulpien, p. 687, n. 3, dans lequel certains auteurs ont voulu voir une reconnaissance générale du droit du mandant d'agir contre les tiers qui serait en contradiction non seulement avec les décisions d'autres textes, mais avec celle d'Ulpien lui-même citées p. 688, n. 1. Ulpien, dirait-on, vient d'écrire que le tiers peut poursuivre le mandant et il continue en ajoutant qu'en conséquence, dans le cas où il y a eu une poursuite de ce genre, le mandant peut aussi agir contre le tiers. M. de Ihering, *Œuvres choisies*, 1, 1893, pp. 247-257, a même rapporté le texte au droit qu'aurait le mandant poursuivi de faire valoir dans le même procès sa propre créance. Mais cette phrase finale est, croyons-nous aujourd'hui, sûrement interpolée d'après deux indices concordants : d'une part, elle qualifie faussement l'action du vendeur du nom d'action *ex empto*, comme a justement remarqué M. Costa, *Papiniano*, 4, 1899, p. 73 ; d'autre part, comme l'a démontré M. Paul Krueger, *Z. S. St.*, 16, 1895, p. 4, Ulpien n'aurait pas employé le verbe *competere* à côté de *dicendum est* pour proposer d'accorder une action *utile*.

3. *D.*, 9, 4 ; *Inst.*, 4, 8 : *De noxalibus actionibus*. *D.*, 9, 1 ; *Inst.*, 4, 9 : *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur*. On trouvera une bibliographie étendue et de nombreux détails dans notre étude sur les *Actions noxales* (*N. R. H.*, 1887, pp. 408-449 ; 1888, pp. 31-58). V. parmi les travaux postérieurs, Kipp, *Z. S. St.* 10, 1889, pp. 397-404, et Cuq, *Institutions*, 1, pp. 112-114.

fît pas obstacle, qu'il se dégageât de toute solidarité avec le délit en livrant le coupable : elle pouvait là comme partout renoncer à sa vengeance, moyennant une composition volontaire ; mais elle n'était pas plus qu'ailleurs obligée de s'en contenter ni en droit de l'exiger. La création des compositions légales a au contraire fait surgir là une difficulté spéciale. Quand l'infraction vient d'un animal, d'un esclave, d'un fils de famille, l'amende qui remplace le droit de vengeance ne peut être demandée au coupable, puisqu'il n'a pas de patrimoine. Elle peut bien, à la vérité, être payée par le chef de famille qui l'a en puissance, et alors la victime n'a rien à dire ; car le droit même lui ordonne de s'en contenter, de renoncer à sa vengeance à ce prix ; mais on ne peut le contraindre à la payer, puisque c'est la rançon d'un acte illicite qui n'a pas été commis par lui. Il faut lui donner le choix ou bien d'accepter le régime nouveau, de payer la composition légale, ou bien de s'en tenir au régime ancien, de laisser la vengeance suivre son cours. Et c'est ainsi que l'évolution logique du système des délits privés a fait naître l'action noxale [1], par laquelle la victime d'une offense venant d'un être animé, actuellement sous la puissance d'autrui, demande à celui qui a cet être en puissance ou bien de livrer l'auteur du délit à sa vengeance ou bien de lui payer l'amende (*noxiam sarcire aut in noxam dedere*) [2]. La même

1. La seconde partie de l'étude précitée est tout entière consacrée au développement historique du système. Le système de la noxalité est si bien une dépendance du régime de la vengeance et des compositions qu'il se retrouve partout où le droit pénal est régi par ces notions. La noxalité se rencontre non seulement en droit grec, en droit germanique, en droit celtique, en droit slave, mais dans des législations absolument indépendantes où sa présence montre qu'il y a là un phénomène sociologique général inséparable d'un certain niveau de développement. C'est ainsi que l'existence en a été constatée chez des populations peu avancées de l'Afrique australe et de l'Asie par des voyageurs qui en décrivent très nettement le mécanisme sans soupçonner qu'il y ait jamais eu rien de semblable chez les peuples civilisés. Le plus curieux est que les praticiens de ces tribus barbares ont découvert une application détournée du système, très conforme à l'esprit des jurisconsultes de l'ancienne Rome, que ceux-ci n'ont jamais aperçue : c'est le moyen de changer de maître qu'il fournit aux esclaves, qui n'ont pour cela qu'à commettre contre un compère un délit dont la composition légale soit très élevée ou pour lequel il n'y ait encore qu'une composition volontaire dont le complice de l'esclave refusera de se contenter. Ce n'est pas si différent des expédients inventés par les vieux jurisconsultes romains pour permettre au père d'exclure son fils de sa famille (émancipation), à un citoyen d'acquérir la puissance paternelle sur l'enfant d'autrui (adoption), à la femme ingénue de tester (*coemptio testamenti faciendi gratia*), etc. M. Kipp objecte que le maître aurait eu les moyens tirés du dol : mais ce qu'il y a de singulier, c'est précisément que l'institution n'ait pas été inventée avant la création de ces moyens. En droit grec, M. Hitzig, *Injuria*, 1, 1899, p. 89, a relevé dans Platon, *Leges*, 9, à la fois le subterfuge et la peine destinée à le réprimer. V. d'autres indications dans Girard, *Loi des XII tables*, Londres, 1914, p. 87, n. 1, pour le droit grec, et p. 88, n. 1, pour le droit africain.

2. V. sur cette rédaction alternative de l'action, *N. R. H.*, 1887, pp. 440-447. Elle est attestée directement par *D.*, 9, 1, *Si quadr.*, 1, 11, où, comme a démontré Lenel, *Edictum*, § 75, la finale *quamobrem eum sibi aut noxiam sarcire aut in*

conception explique parfaitement les conditions d'existence et les effets de l'action noxale.

I. Conditions d'existence. — L'action noxale est une action par laquelle on demande à celui qui a entre les mains l'auteur d'un délit de payer la composition légale du délit ou de livrer le coupable à la vengeance de la victime ; elle suppose donc :

1° Quant au fait qui la fonde, un délit privé, en faisant rentrer dans l'idée de délit même les actes illicites des animaux, mais en excluant les autres sources d'obligations, en excluant aussi les délits publics. Il n'y a pas d'action noxale pour les délits publics ; car l'action noxale tend à remplacer la vengeance par une rançon, et là il n'y a point de rançon d'admise. Il n'en existe pas davantage pour les sources d'obligations autres que les délits, pas même pour les quasi-délits des personnes *alieni juris* ; si l'on dit souvent le contraire, c'est par suite d'une confusion venant de ce que le *paterfamilias* peut, quand il est tenu à raison de son propre quasi-délit, se libérer en faisant abandon noxal des coupables.

Les actions noxales n'existent qu'en vertu des délits privés et des actes des animaux qu'on y assimile. Elles ont été créées, nous dit Gaius, soit par des lois, soit par l'édit des magistrats : quant aux animaux, par la loi des XII Tables, qui établit à raison des dommages causés par les quadrupèdes les actions *de pauperie* et *de pastu* ; quant aux hommes, par la loi des XII Tables, pour l'action *furti nec manifesti*, par la loi Aquilia, pour l'action *damni injuria dati*, par l'édit, pour l'action *furti manifesti*, pour l'action d'injures, par exemple [1]. En somme, toutes les actions

noxam dedere oportere est une adaptation légèrement remaniée des mots de la formule *quamobrem N. Negidium A. Agerio aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet*. Et, tant d'après les vraisemblances générales que d'après d'autres témoignages (Gaius, 4, 75 = *Inst.*, *h. t.*, *pr.* ; loi Rubria, c. 22 : *Obligatumve se ejus rei noxsiaeve esse confessus erit*), ce qui est attesté là pour une des actions noxales devait être vrai pour toutes. C'est donc à tort, croyons-nous, qu'une doctrine due à Keller et appuyée sur *D.*, 9, 4, *De N. A.*, 42, 1, a longtemps fait considérer la formule des actions noxales comme ayant pour *intentio* les mots : *Si paret N. Negidium A. Agerio propter servum dare oportere*.

1. Infractions des animaux (actions *de pauperie, de pastu*), v. p. 405, n. 1. Infractions des hommes, Gaius, 4, 76 : *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris : legibus, velut furti lege XII tabularum, damni injuriae lege Aquilia ; edicto praetoris, velut injuriarum et vi bonorum raptorum*. Naturellement toutes les actions délictuelles n'ont pas été rendues noxales au même moment : l'action d'injures ne paraît pas l'être encore au temps du fragment d'Este (*N. R. H.*, 1890, p. 700, n. 1), et l'action *vi bonorum raptorum* ne l'est peut-être pas encore au temps de Cicéron (Keller, *Semestria ad Ciceronem*, 1, 1842, p. 591 et ss., p. 597 et ss.). Cela ne prouve pas plus contre l'origine du système que l'établissement pour certains délits de règles propres tendant à le renforcer en assurant mieux soit le châtiment de l'esclave (édit sur l'action noxale d'injures prescrivant au juge de ne condamner le maître alternativement à l'amende ou à l'abandon noxal que si le maître ne livre pas l'esclave pour recevoir une correction arbitrée par le juge : *D.*, 47, 10, *De injuriis*, 17, 4, avec nos observations, *Mélanges*

nées de délits, qui seraient données contre l'auteur lui-même s'il était *sui juris*, sont données comme noxales, s'il est *alieni juris*, et le sont aux mêmes conditions notamment, dans le droit historique où il n'y a pas de délit sans intention, à condition que l'individu soit capable de s'obliger *ex delicto*, jouisse de sa raison : idée étrangère à l'ancien droit, qui était la condamnation des actions noxales nées du chef des animaux et à laquelle on a maladroitement essayé de les adapter (p. 405, n. 1).

2° Quant à l'auteur de l'acte, qu'il ne soit pas *sui juris* ; car sans cela le droit de la victime est de lui demander la composition à lui-même. C'est parce que le coupable n'a pas de patrimoine qu'on demande à celui qui l'a en sa puissance s'il veut payer ou faire l'abandon noxal. Ce système s'appliquait aux animaux, aux esclaves et aux personnes *in patria potestate*, d'après des textes formels. Il s'est, à notre sens, aussi appliqué aux personnes *in manu* et *in mancipio*. Mais, tandis que ce régime subsista toujours pour les animaux et les esclaves, il disparut avec la *manus* et la *causa mancipii* pour les personnes qui étaient autrefois soumises à ces puissances ; il fut aussi aboli par Justinien pour les personnes *in patria potestate*, en face desquelles il n'avait plus grand' raison d'être depuis qu'elles avaient un patrimoine propre[1].

3° Quant au défendeur, qu'il ait l'auteur du délit entre les mains au moment de la poursuite ; car, sans cela, il ne peut le livrer, d'une part, et, d'autre part, il n'a pas besoin de payer la rançon pour se soustraire à l'obligation de le faire. La *potestas*, qui suppose, sauf en matière de délit de la loi Aquilia[2], un élément de fait et un élément de droit[3], soumet à l'action, dès lors qu'elle existe au moment de la *litis contestatio*, mais seulement dans ce cas. Par conséquent, on n'est pas en prin-

Gérardin, p. 263, n. 5 ; intervention extraordinaire du magistrat *in corpus servi* : *D.*, 47, 8, *Vi bon. rapt. et de turba*, 4, 15 ; *D.*, 47, 9, *De incendio*, 1, *pr.* ; *D.*, 47, 12, *De sepulchro*, 3, 11), soit la responsabilité du maître (édit sur les publicains les obligeant à payer l'amende s'ils ne peuvent livrer l'esclave, *D.*, 39, 4, *De publicanis*, 1, *pr.*, corrigé par 1, 6, avec Mommsen et Lenel).

1. Cf. *N. R. H.*, 1887, pp. 422-425, pour les personnes *in manu* et *in mancipio*. V. pour les personnes *in patria potestate*, *Inst.*, 4, 8, *De N. A.*, 7 : *Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admisere. Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit*, etc.

2. En matière de délit de la loi Aquilia, par suite d'une interprétation spéciale tenant probablement à la terminologie de la loi qui devait employer là le mot *dominus*, l'action est donnée contre celui qui se trouve le maître au moment de la poursuite (*D.*, 9, 2, *Ad leg. Aq.*, 27, 3. Cf. Girard, *N. R. H.*, 1887, pp. 430-433 et Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 438, n. 5).

3. Cf. *N. R. H.*, 1887, pp. 426-430, et en sens un peu différent, Lenel, *Edictum*, pp. 154-159 (*Edit*, 1, pp. 180-183). *Z. S. St.*, 20, 1899, pp. 5-7. Naber, *Mnemosyne*, 30, 1900, pp. 169-178. Cette question préalable était tranchée à l'aide d'*interrogationes in jure* et, selon la réponse qu'elles recevaient, on donnait à la formule des rédactions différentes, notamment à l'aide d'exceptions et de *praescriptiones* diverses. Cf. *N. R. H.*, 1887, p. 447, n. 1 ; Lenel, *Z. S. St.*, 20, 1899, pp. 7-11. *Edictum*, pp. 159-161 (*Edit*, 1, pp. 183-186).

cipe responsable (à moins, par exemple, que l'on ait prescrit l'infraction à son auteur ou que l'on ait cessé de le posséder par dol)[1], quand la puissance n'existe pas alors et on est en revanche responsable, pourvu que la puissance existe alors, même quand elle n'existait pas auparavant, ainsi quand elle n'existait pas au moment du délit[2], même quand elle a cessé d'exister depuis, non seulement par une aliénation, par un affranchissement, mais par la mort[3].

4° Quant à la victime, au moins dans l'opinion qui a prévalu, qu'elle n'ait jamais eu l'auteur du délit entre les mains ; car elle n'a pas à demander qu'on le lui livre pour exercer sa vengeance, quand elle a déjà pu exercer cette vengeance ; or c'est ce qui arrive au cas où elle l'avait *in potestate* au moment de l'infraction, dans lequel l'action noxale a toujours été unanimement exclue, et c'est en somme également ce qui arrive à celui où elle l'a eu *in potestate* depuis, pour lequel les Sabiniens ont fait prévaloir la même solution[4].

II. Effets des actions noxales. — Les effets des actions noxales soulèvent deux questions principales : celle du caractère de l'obligation sanctionnée par l'action et celle des formes de l'abandon noxal.

Quant au caractère de l'obligation, on discute, parfois assez peu méthodiquement, si c'est une obligation alternative ou une obligation facultative. A notre sens, il faut distinguer trois moments. Jusqu'à la *litis*

1. Dans les deux cas, auxquels il faut même ajouter celui où l'on a frauduleusement nié avoir l'auteur *in potestate*, on est tenu *in solidum* de la peine du délit. L'obligation *in solidum* a été établie par l'édit du préteur contre celui qui a nié avoir l'auteur *in potestate* ou a frauduleusement cessé de l'y avoir (édit : *D.*, 9, 4, *De N. A.*, 21, 2 ; commentaire, *D.*, *h. t.*, 22, 4, où l'on remarquera la possibilité pour le demandeur de déférer le serment nécessaire). Elle l'a été, pour le cas où le maître a commandé le délit ou en a eu connaissance, par une disposition de la loi Aquilia sur la portée de laquelle il y a même eu des controverses (*D.*, 9, 4, *De N. A.*, 2, 1). Cf. *N. R. H.*, 1887, p. 420, n. 3.

2. Gaius, 4, 77. C'est la règle *noxa caput sequitur*. L'action est donnée comme directe contre l'individu, s'il est *sui juris* au moment de la poursuite, quelle que fût sa condition au moment du délit ; elle est donnée comme noxale contre le maître du moment de la poursuite, quand bien même il ne l'aurait pas été au moment du délit, et, à l'inverse, elle n'est pas donnée contre le maître du moment du délit, s'il n'a plus la *potestas* à celui de la poursuite. C'est la réfutation de la doctrine, autrefois répandue, selon laquelle le maître serait tenu de l'action noxale en vertu d'une faute présumée.

3. Cf. *N. R. H.*, 1887, pp. 435-438. V. *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aq.*, 37, 1, pour la mort de l'animal et *D.*, 9, 4, *De N. A.*, 16, rapproché de 26, 4, pour celle de l'esclave. Seulement, lorsque la mort avait été causée par un délit, le défendeur pouvait se libérer en cédant ses actions (*D.*, 9, 1, *Si quadrupes*, 1, 16) et on sait aujourd'hui, par le fragment d'Autun qui est venu éclairer le texte mutilé de Gaius, 4, 81, qu'il pouvait, en dehors de là, se libérer en abandonnant le cadavre du fils ou de l'esclave, mais non de l'animal. Le même texte nous apprend que cet abandon pouvait se restreindre à une portion du corps du mort, et il semble même discuter ensuite le point de savoir si l'abandon du cadavre est possible lorsque c'est par le *paterfamilias* que l'esclave ou le fils a été mis à mort (fragment d'Autun, 82-86).

4. Gaius, 4, 78.

contestatio, celui qui est tenu l'est seulement de l'abandon noxal, avec simple faculté de se libérer par le paiement de l'amende ; car il cesse de l'être en aliénant ou en perdant la chose [1]. Après la *litis contestatio*, il est tenu d'une obligation alternative et il restera obligé malgré la perte de la chose [2]. Enfin, après la sentence, sa dette a pour objet l'amende ; mais il garde la faculté de se libérer par l'abandon noxal, qui ne disparaît qu'au moment où on intente contre lui l'action en exécution du jugement (action *judicati*) [3].

Pour les formes de l'abandon noxal, il semblerait à première vue qu'il doit suffire de se débarrasser de l'auteur de l'infraction. Mais cela ne suffit pas absolument. Le demandeur peut se contenter d'emmener le coupable avec l'autorisation du magistrat : c'est, pour les esclaves et les animaux, un cas de propriété prétorienne (p. 321, n. 3). Mais il peut exiger un acte positif du défendeur, la *noxae deditio*, qui lui fera avoir le coupable *in potestate* ou *in mancipio* [4].

La *noxae deditio* se fait : pour les animaux, comme toute aliénation volontaire, par mancipation pour ceux qui étaient *mancipi* et par tradition pour les autres avant Justinien, par tradition pour tous depuis Justinien ; pour les esclaves, qui étaient des *res mancipi*, également par mancipation avant Justinien et par tradition depuis lui ; enfin pour les personnes libres, par une mancipation qui les mettait *in mancipio* et qui a disparu sous Justinien avec l'abandon noxal des personnes libres. L'effet de cette *deditio* était, à l'origine, aussi définitif que celui de toute autre aliénation ; la vengeance même, en vue de laquelle était fait l'abandon, n'impliquait pas une autre conception. Mais plus tard le point de vue a changé : on a considéré le coupable moins comme un offenseur livré à la vengeance de l'offensé que comme un débiteur insolvable livré à son créancier pour le payer par son travail, et en partant de là, on lui a permis de demander sa libération quand il s'était acquitté. Cette solution était déjà admise pour les délits des fils de familles par Papinien [5] ; elle a été transportée par Justinien aux délits des esclaves [6].

1. Aliénation : *D.*, 2, 9, *Si ex nox.*, 2, *pr.* Mort : *D.*, 9, 1, *Si quadr.*, 1, 13 ; *D.*, 9, 4, *De N. A.*, 39, 4, rapproché de *D.*, *h. t.*, 26, 4.
2. V. p. 694, n. 3. C'est une conséquence peut-être plus fortuite que préméditée (v. *N. R. H.*, 1888, p. 48) de la rédaction de la formule (p. 691, n. 2).
3. *D.*, 42, 1, *De Re jud.*, 6, 1.
4. *D.*, 9, 4, *De N. A.*, 32. Cf. pourtant Eisele, *Z. S. St.*, 13, 1892, p. 124, qui considère le texte comme interpolé.
5. Papinien, *Coll.*, 2, 3, 1 : *Per hominem liberum noxae deditum si tantum adquisitum sit quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore qui noxae deditum accepit, sed fiduciae judicio non tenetur.*
6. *Inst.*, 4, 8, *De N. A.*, 3. Cette réforme, inspirée par une pensée de bienveillance, produit un résultat singulier. L'esclave qui a commis un délit et qui, ayant fait l'objet d'un abandon noxal, pourra après s'être racheté par son travail exiger son affranchissement de son nouveau maître, se trouve dans une situation meilleure que l'esclave qui n'a jamais commis de délit et qui ne pourra jamais réclamer son affranchissement.

TITRE III

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

Les obligations s'éteignent, dans le plein épanouissement du droit romain, par un grand nombre d'événements que l'on réunit sous le nom de modes d'extinction des obligations, mais qui sont très loin d'avoir un caractère uniforme, ni de posséder tous une égale efficacité, ni de venir tous du même âge juridique [1].

1. Au point de vue des caractères intrinsèques, les interprètes divisent les modes d'extinction des obligations en modes volontaires, où l'obligation est éteinte par la volonté des deux parties ou de l'une d'elles, comme cela se présente par exemple dans le paiement, la novation, la compensation, la remise de dette, et en modes non volontaires ou forcés, dans lesquels l'obligation disparaît, en dehors de la volonté des parties, par un fait extérieur tel que l'impossibilité d'exécution, la mort, l'expiration d'un délai.

2. Au point de vue des effets, l'obligation est éteinte tantôt *ipso jure* et tantôt *exceptionis ope*. Le sens de la division est, à l'époque formulaire, que, sauf dans les actions de bonne foi, il faut avoir soin de faire insérer par le magistrat une exception dans la formule, si l'on veut que le juge puisse s'occuper des modes d'extinction de la seconde catégorie. Mais, à côté de cette différence de forme, il existe au moins très généralement deux différences de fond : d'abord, l'extinction *ipso jure* produit un effet définitif et l'exception, ne faisant que paralyser le droit, peut au contraire être à son tour neutralisée par une réplique, tirée d'un autre fait, en vertu de laquelle la créance reprendra sa vitalité ; ensuite l'effet de l'extinction *ipso jure* se produit à l'égard de tous, tandis que celui de l'exception peut n'exister qu'au regard de certains [2].

3. Enfin historiquement les modes d'extinction n'ont pas tous la même antiquité. Non seulement il n'y avait à l'origine que les modes *ipso jure* [3], mais ils n'existaient pas alors encore tous.

1. *Inst.*, 3, 29, *Quibus modis obligatio tollitur*. La liste des modes d'extinction donnée par Justinien est très incomplète.

2. Il n'y a pas de meilleur exemple de la différence que celui présenté par les règles distinctes de l'acceptilation p. 724 et ss., et du pacte *de non petendo*, p. 727 et ss.

3. Les modes d'extinction *exceptionis ope* n'ont pu exister que depuis l'introduction de la procédure formulaire ; car les exceptions étaient inconnues sous les Actions de la loi (Gaius, 4, 108).

En laissant de côté les créances nées de délits, qui s'éteignent et qui s'éteignent de plein droit, dès le temps des XII Tables, par un simple pacte, par le pardon (p. 404, n. 3), les autres créances les plus importantes de l'ancien droit, les créances contractuelles ont d'abord été régies par le formalisme quant à leur extinction comme quant à leur naissance. Pour les faire naître, il ne suffisait pas d'un accord de volontés : il fallait un acte formel. Pour les éteindre, il ne suffisait pas non plus d'un accord de volontés, ni même d'un paiement; il fallait un acte formel, et un acte formel qui, sauf une discordance isolée constituée par la novation et la *litis contestatio*, consistait dans une quittance solennelle donnée dans des formes symétriques à celles de la conclusion du contrat.

Conformément à un principe de correspondance qui se manifeste dans beaucoup d'autres branches de l'ancien droit[1], le lien noué par les solennités du *nexum*, du contrat verbal ou plus tard du contrat littéral est dénoué par des solennités inverses : le lien formé *per aes et libram*, par un versement d'espèces et par des paroles venant du créancier, est anéanti *per aes et libram*, par un versement d'espèces et par des paroles venant du débiteur ; celui créé *verbis*, par une interrogation du créancier et une réponse du débiteur, est anéanti *verbis*, par l'acceptilation, où c'est le débiteur qui interroge et le créancier qui répond ; le lien formé *litteris* est aussi détruit *litteris*, par une autre acceptilation dont les formes sont moins bien connues. Et ces actes, qui, dans le droit récent, sont seulement des modes d'extinction des obligations, ont sans doute commencé par être les seuls.

La règle du parallélisme signifie, à l'origine, que les parties qui veulent éteindre une obligation contractuelle non seulement peuvent, mais doivent l'éteindre par des solennités symétriquement opposées à celles

1. Gaius, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 100 : *Omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt.* Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 35 : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est.* Cf. sur cette règle, Leist, *Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs-und Rechtsaufhebungsakt*, 1876. Nous en avons vu des applications en matière de droit de famille où la *manus* créée par *confarreatio* s'éteint par *diffarreatio* (p. 164, n. 2), dans le droit des biens où les servitudes constituées par une *in jure cessio*, qui est le simulacre d'une action confessoire, s'éteignent par une *in jure cessio*, simulant une action négatoire (p. 385, n. 2). Nous en verrons d'autres dans le droit des successions où les legs se révoquaient dans des termes inverses de ceux de leur collation. On cite encore, dans un ordre un peu différent, l'*exauguratio* corrélative à l'*inauguratio*, l'emploi fait de la charrue pour la fondation et la destruction légale des villes. Mais son grand domaine (v. outre les textes cités, Pomponius, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 80 ; Paul, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 153) est la matière des obligations, où le principe selon lequel l'obligation peut se dissoudre par un procédé inverse de celui de sa formation est toujours resté vrai pour les obligations nées de contrats formels et où il a même été plus ou moins heureusement étendu aux obligations nées sans forme, aux obligations nées *re* qui s'éteignent, dit-on, *re* par le paiement (Pomponius, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 80), aux obligations nées *consensu* qui s'éteignent aussi par un *contrarius consensus* (Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 35).

de sa création. A la vérité, l'obligation peut de fort bonne heure disparaître, en dehors de là, par deux événements : d'abord par la *litis contestatio*, ou mieux par la déduction en justice, en vertu du principe selon lequel on ne peut faire deux procès à raison de la même créance (*bis de eadem re ne sit actio*) et par conséquent la créance qu'on a déduite en justice se trouve anéantie ; ensuite par la novation, c'est-à-dire par la substitution à l'obligation ancienne d'une obligation nouvelle ayant le même objet, où l'obligation ancienne est probablement éteinte en vertu d'une idée archaïque parallèle à celle de la déduction en justice, en vertu d'une idée selon laquelle une même chose ne peut à la fois faire l'objet de deux contrats et par conséquent, si l'obligation nouvelle naît, l'obligation ancienne disparaît, selon laquelle la déduction du droit dans un contrat nouveau l'éteint aussi mécaniquement que sa déduction dans un procès [1].

Mais, sauf ces réserves [2], venant de la rencontre pour ainsi dire fortuite de principes distincts, l'obligation contractuelle a dû pendant longtemps s'éteindre comme elle était née. En particulier, le procédé dans lequel les habitudes modernes nous font voir le mode normal d'extinction volontaire des obligations, l'accomplissement même de la prestation convenue, le paiement, était impuissant à éteindre à lui seul l'obligation née d'un contrat formel. Il pouvait déterminer à l'acte extinctif ; il pouvait même y être contenu, comme cela s'est produit pour l'extinction *per aes et libram* à l'époque très ancienne où la pesée était réelle. Mais, suivant la doctrine qui nous paraît la plus conforme aux textes et aux vraisemblances générales, il ne pouvait en tenir lieu [3].

1. L'antiquité de la règle *bis de eadem re ne sit actio* (Quintilien, 7, 6, 4) n'est pas douteuse. On discute seulement si elle vient d'une disposition positive des XII Tables ou du vieux droit civil coutumier (v. dans le premier sens P. Krueger, *Processualische Consumption*, 1864, § 1, et dans le second, Bekker, *Aktionen*, 1, pp. 334-336). Pour la novation, il n'y a pas de preuve directe. Mais elle nous paraît être vraisemblablement à peu près aussi ancienne que le contrat verbal. C'est surtout à peu près forcé dans la conception de son origine qui est indiquée au texte et que nous justifierons plus loin (p. 705 et ss.).

2. On pourrait encore songer à l'impossibilité d'exécution survenue par cas fortuit, dans laquelle la dette est éteinte sans acte de libération symétrique ni même sans acte formel de libération. Mais ce mode d'extinction n'a tout au moins existé que depuis le jour où l'on a reconnu des dettes ayant pour objet des corps certains. Cf. p. 660.

3. L'existence primitive d'un régime où la dette née d'un contrat formel ne pouvait être éteinte par le paiement est aujourd'hui généralement admise. Elle est souvent appuyée chez nous, pour les dettes nées *per aes et libram*, sur un texte de Tite-Live, 6, 14, 5, indiquant distributivement le paiement et la *solutio per aes et libram* dans l'histoire de Manlius Capitolinus (*rem creditori palam populo solvit libraque et aere liberatum emittit*). Cf. Accarias, 2, p. 500. Elle est surtout prouvée, pour toutes les dettes nées de contrats formels, par des considérations générales très fortes. D'abord il serait bizarre qu'à une époque où la forme était nécessaire à la génération du droit elle ne le fût pas à son extinction. Ensuite l'antiquité des modes formels d'extinction ne semble pas contestable. Or l'ancien

L'obligation née d'un acte formel était éteinte par un acte formel inverse. Et ce formalisme des actes de libération présentait encore, d'une manière peut-être plus accidentelle que voulue, des avantages analogues à ceux du formalisme des contrats : il protégeait les parties contre les surprises en provoquant leurs réflexions, en leur rappelant les dispositions de l'acte primitif au moment de son extinction ; il facilitait la preuve en précisant les souvenirs des témoins ; il simplifiait la tâche du juge en limitant le champ des moyens de défense. Mais lui non plus n'a eu qu'un temps. L'ancien système a été renversé le jour, à notre avis antérieur aux commencements de l'Empire, où le droit civil a admis qu'un mode non formel tel que le paiement pourrait éteindre non seulement les obligations nées sans formes pour lesquelles l'exigence d'une extinction formelle eût été peu raisonnable, mais les obligations nées des contrats formels elles-mêmes[1]. Le droit prétorien et le droit

droit, peu prodigue d'actes, n'aurait pas créé des procédés d'extinction dont on n'aurait eu besoin qu'en l'absence d'exécution, pour faire des remises à titre gratuit. Il ne se serait pas plus préoccupé de créer des procédés à titre gratuit pour la remise de dette que pour la translation de propriété ou la formation des obligations. Enfin la règle première selon laquelle les obligations non seulement pouvaient, mais devaient s'éteindre par un *contrarius actus* a laissé des traces dans des textes qui la reproduisent encore maladroitement à une époque où elle a cessé d'être vraie. Ainsi Pomponius, *lib. 5 ad Q. Mucium*, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 80, écrit : *Prout quidque contractum est ita et solvi debet*, et il en conclut que les obligations nées *re* doivent être éteintes *re*, que celles nées *verbis* doivent être éteintes *re* ou *verbis*. Il y a là, entre le commencement du texte et la fin, une discordance flagrante qui vient peut-être, a-t-on dit, de ce que le commencement est de l'auteur commenté, de Q. Mucius, et la fin du commentateur, de Pomponius. En tout cas, la maxime du début n'a pu être ainsi formulée qu'à une époque où le parallélisme du mode de s'obliger et du mode de libération n'était pas seulement une faculté, mais une obligation.

1. Le simple paiement suffit à l'époque de Gaius, 3, 168 et ss., à éteindre non seulement l'obligation née *verbis*, mais l'obligation née *per aes et libram*, qu'il met sur la même ligne, et l'obligation née *litteris*, d'ailleurs alors en voie de désuétude. Il est plus malaisé de déterminer jusqu'à quel moment l'ancien régime a subsisté. En ce qui concerne particulièrement l'acceptilation verbale pour laquelle les documents sont le plus abondants, M. Mommsen, *Hermes*, 12, 1877, p. 109 (*Ges. Schr.*, 3, p. 242), a cru trouver dans les quittances de Pompéi (p. 703, n. 5) la preuve que l'acceptilation aurait encore été nécessaire au début de l'Empire, n'aurait pu être remplacée par le paiement que vers l'époque de Claude à laquelle seule apparaîtraient, dans la collection, de simples quittances, constatant des paiements, à la place d'autres actes d'un type plus ancien, constatant des acceptilations. Mais, à notre avis, les actes du premier type eux-mêmes constatent, ainsi que l'a montré en dernier lieu M. Erman, *Z. S. St.*, 20, 1899. pp. 191-211, des paiements et non des acceptilations : ils sont donc étrangers à la question. Au contraire, il paraît exister une preuve que le simple paiement éteignait les obligations nées *verbis* vers la fin de la République. Un esclave ne peut faire acceptilation aux débiteurs de son pécule, *D.*, 46, 4, *De accept.*, 22 ; par conséquent le paiement qui lui est fait ne peut être libératoire qu'à titre de paiement et non comme paiement accompagné d'acceptilation ; or le disciple de Ser. Sulpicius, Alfenus Varus, cos. 715, dit qu'on peut payer valablement entre ses mains (*recte solvi*) : *D.*, 46, 3, *De solut.*, 35. Les solutions rapportées par Cicéron, *De leg.*, 2, 20. 21, dans lesquelles le grand pontife P. Mucius Scaevola suppose une action

impérial récent n'ont probablement[1] fait que marcher dans une voie déjà ouverte en appliquant à toutes les obligations d'autres modes nouveaux toujours plus nombreux, comme ils ont fait par exemple, le premier pour la simple convention de remise de dette (*pactum de non petendo*), le second pour la prescription extinctive et tous deux pour la compensation. Nous passerons en revue les divers modes d'extinction ainsi reconnus progressivement, en prenant d'abord les modes volontaires, puis les modes forcés.

SECTION I. — **Modes volontaires.**

Les principaux modes volontaires d'extinction des obligations sont le paiement, où l'obligation s'éteint par l'accomplissement même de la prestation qui est due ; la novation, où elle s'éteint par la formation d'une obligation nouvelle ayant le même objet ; la compensation, où le débiteur se libère de sa dette en renonçant à une créance contre l'autre partie ; la remise de dette, où la créance s'éteint par une renonciation du créancier, et l'arrivée de la condition ou du terme extinctif, qui n'est au fond qu'une remise de dette faite d'avance pour le moment de la réalisation d'un événement futur, certain ou incertain.

§ 1. — Paiement.

Le paiement[2], *solutio* au sens strict[3], est l'extinction de l'obligation par l'accomplissement de la prestation qui en faisait l'objet (*praestatio vera rei debitae*). C'est un mode volontaire ; car il suppose une intervention de volonté et même, en un certain sens, un accord de volontés ; mais pourtant c'est un acte nécessaire auquel chacune des parties peut

en recouvrement du reliquat d'un legs déjà payé en partie, semblent même impliquer, dès l'époque de ce pontife, des legs payés autrement que *per aes et libram* ; car le paiement *per aes et libram* ne peut être partiel (p. 726). Et si les dettes nées de legs, qui sont des dettes soumises à la *solutio per aes et libram* (p. 725, n. 2), pouvaient dès cette époque être éteintes par un simple paiement, il est à croire qu'on pouvait, à plus forte raison, éteindre de même les dettes nées *verbis* et *litteris*. Alors la réforme aurait été opérée dès le temps de P. Mucius, cos. 621, grand pontife vers 623 ou 624, et la formule rapportée par Pomponius, p. 698, n. 3, ne pourrait exprimer, à l'époque de Q. Mucius Scaevola, cos. 659, mort en 672, un droit déjà dépassé. Cf. Erman, *Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte*, 1883, pp. 75-79, qui invoque encore pour le temps de Plaute des textes, à notre avis peu probants, de l'*Asinaria*, 2, 4, 26 et ss. ; 3, 2, 33-37, et, en sens inverse, Huvelin, dans Daremberg et Saglio, v° *Solutio*, où il entend la décision de P. Mucius de legs appréhendés sans paiement et celle d'Alfenus d'obligations nées *re*.

1. On pourrait cependant encore comprendre que le simple paiement fût devenu libératoire *exceptionis ope* depuis l'introduction de la procédure formulaire un temps plus ou moins long avant de l'être *ipso jure*.

2. *D.*, 46, 3, *De solutionibus et liberationibus*. *Inst.*, *h. t.*, *pr.*

3. Ulpien, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 176 : *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit*. Dans un sens large, conforme à l'étymologie, *solutio* désigne toute libération du débiteur (Paul, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 54).

forcer l'autre, le créancier en poursuivant le débiteur, le débiteur en faisant des offres qui mettront le créancier en demeure.

I. Conditions essentielles. — La validité du paiement soulève trois questions principales : celles de savoir sur quoi il doit porter, par qui il doit être fait et à qui [1].

1. Quant à l'objet, payer c'est exécuter. L'objet même de l'obligation détermine celui du paiement. Dans l'obligation de ne pas faire, on exécute et par suite, à la rigueur, on paie en s'abstenant ; dans celle de faire, on paie en accomplissant l'acte ; dans celle du *dare*, on paie en transférant la propriété de la chose due. C'est cette dernière hypothèse qui est la plus importante et à laquelle on pense surtout en disant qu'en principe il faut payer la chose due et toute la chose due.

a) Le paiement doit porter sur la chose due. Le débiteur n'a pas le droit de payer *aliud pro alio* [2], de contraindre le créancier à recevoir en paiement un immeuble à la place d'une somme d'argent, quand bien même la chose offerte aurait une valeur beaucoup plus considérable que la chose due. Mais cette règle n'empêche pas que le débiteur puisse se libérer en fournissant au créancier, à la place de la chose due, une autre chose que le créancier accepte. La validité de cette opération (*datio in solutum*) [3] est admise à l'époque classique. Seulement on a discuté, dans les premiers temps de l'Empire, si l'extinction avait lieu uniquement *exceptionis ope*, comme le voulaient les Proculiens, ou *ipso jure*, comme le soutenaient les Sabiniens [4], dont la doctrine a prévalu [5], et on a eu des hésitations encore plus durables sur l'action accordée au créancier au cas où il n'avait pas été rendu propriétaire de la chose donnée en paiement (ancienne action ; action *empti* utile) [6]. Il

1. On peut signaler en outre la question de savoir où le paiement doit être fait. Le lieu de paiement peut avoir été déterminé par la volonté expresse ou implicite des parties, et alors le paiement ne peut être demandé ailleurs, au cas d'obligation certaine, sans *plus petitio* (*plus petitio loco* : *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 33). En dehors de là, les dettes de corps certains doivent être exécutées au lieu où la chose se trouve sans fraude, ce qui fait dire que les dettes de meubles loués ou vendus, de choses déposées sont quérables. Les dettes de genres le sont en somme également, en ce sens qu'elles sont payables au lieu où le débiteur peut être poursuivi, donc en règle à son domicile. Mais il y a des exceptions. V. Windscheid, 2, § 282. G. Leoni, *Scritti giuridici in onore di F. Schupfer*, 1, 1898.

2. Paul, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 2, 1 : *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest*.

3. Cf. Roemer, *Die Leistung an Zahlungsstatt*, 1866.

4. Gaius, 3, 168. Intérêt : nécessité d'insérer l'exception ; possibilité d'écarter l'extinction par un pacte contraire.

5. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* Sur la date du triomphe de cette doctrine, v., en sens un peu divers, Gide, *Novation*, p. 131, n. 3, et Roemer, p. 64.

6. Marcien, *D.*, *h. t.*, 46, *pr.*, lui donne son ancienne action (*manet pristina obligatio*). Mais d'autres (Ulpien, *D.*, 13, 7, *De P. A.*, 24, *pr.* ; Antonin Caracalla, *C.*, 8, 44, *De Evict.*, 4) lui donnent une action *empti* utile. La première action lui permet de réclamer le montant de l'ancienne créance avec ses sûretés ; la se-

n'y a pas là d'exception à la règle. Il y en a au contraire une dans quelques cas, dont le plus net date de Justinien, où on permet au débiteur de se libérer envers le créancier en lui donnant en paiement, sur estimation, d'autres biens que ceux qu'il doit, ainsi, dans le cas de Justinien, des immeubles dont il ne peut trouver à se défaire (*datio in solutum necessaria* par opposition à la *datio in solutum voluntaria*)[1].

b) Le paiement doit porter sur toute la chose due. Le débiteur ne peut en principe se libérer même pour partie par un paiement partiel sans le consentement du créancier[2]. Mais naturellement cela n'empêche pas le débiteur tenu de plusieurs dettes envers le même créancier de pouvoir acquitter l'une d'elles ; alors il a le droit de payer celle qu'il veut et même, s'il ne le dit pas, la détermination de la dette éteinte n'est pas laissée à l'arbitraire du créancier : elle est faite selon la théorie de l'imputation des paiements qui suppose éteinte la dette la plus gênante pour le débiteur[3].

2. Quant au *solvens*, le paiement peut être fait non seulement par le débiteur, mais par toute personne capable de procéder à l'acte, par toute personne propriétaire et capable d'aliéner, dit-on pour l'obligation de *dare*. Le paiement peut être valablement fait par un tiers[4]. Mais celui du débiteur lui-même n'est valable, extinctif de l'obligation, que si

conde de réclamer la valeur actuelle de la chose donnée en paiement, mais naturellement sans sûretés. Elles ont donc leurs avantages et leurs inconvénients respectifs. La difficulté est d'expliquer les textes donnant les uns la première et les autres la seconde. D'après certains interprètes, cela viendrait d'une controverse entre jurisconsultes romains, que l'on rattache même parfois à celle sur l'effet de la *datio in solutum*. Cf., en ce sens, Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 2, 2e éd., 1866, pp. 421-466. D'après un autre système adopté par Cujas, *Observationes*, 19, 38, il faudrait distinguer le cas où la dette primitive était une dette d'argent et où la remise d'une chose pour son montant constitue une vente faite par le *solvens* à l'*accipiens* et celui où elle avait un objet différent dans lequel il ne peut y avoir de vente faute de prix ; mais cette distinction ingénieuse est contrariée par un texte de Paul donnant l'ancienne action dans un cas de dette d'argent où on devrait d'après elle trouver une action *empti* (*D.*, *h. t.*, 98, *pr.*). Une doctrine plus grossière qui était celle de Pothier, *Vente*, 604, donne au créancier le droit de choisir.

1. Nov. 4, c. 3. Cf. nov. 120, c. 6, 2.

2. Par exception, quand le débiteur reconnaît une partie de la dette et offre de la payer, une phrase mise sous le nom de Julien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 21, conseille au magistrat de contraindre le créancier à accepter ce paiement et de donner l'action seulement pour le surplus. On cite, peut-être moins exactement, comme autres cas où le créancier est obligé de se contenter d'un paiement partiel ceux de division entre cautions et de bénéfice de compétence.

3. Antonin Caracalla, *C.*, 8, 42, *De solut.*, 1, dit que la dette est déterminée par le débiteur et à son défaut par le créancier. Mais ces formules trop absolues sont corrigées par de nombreuses solutions concrètes et doivent s'entendre seulement du cas où le débiteur adhère à l'indication du créancier. Cf. *D.*, *h. t.*, 1-8. V. aussi *D.*, *h. t.*, 97.

4. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* Gaius, *D.*, 3, 5, *Neg. gest.*, 38 (49) : *Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum.*

ce débiteur est propriétaire et capable d'aliéner ; car sans cela il ne transfère pas la propriété et la créance subsiste [1].

3. Quant à l'*accipiens*, le paiement ne peut non plus être fait qu'à une personne capable. Celui qui paie au pupille seul ne se libère pas sauf l'exception de dol jusqu'à concurrence de l'enrichissement de ce pupille [2]. Mais en outre on ne peut naturellement se libérer qu'en payant au créancier ou à son fondé de pouvoir qui peut d'ailleurs être soit une personne désignée dans l'acte (*adjectus solutionis gratia*), soit un préposé quelconque (tuteur, curateur, mandataire, esclave à ce commis) [3].

II. Effets du paiement. — Le paiement éteint en principe l'obligation de plein droit avec tous ses accessoires. Mais nous verrons plus loin deux exceptions apportées à ce principe par les théories de la cession d'actions et de la *successio in locum*.

III. Preuve du paiement. — La preuve du paiement se fournit, conformément au droit commun, par tous les moyens ordinaires, soit par des témoins, soit par des écrits. Les témoins pourront avoir assisté à l'acte même du paiement ou encore à une déclaration du créancier qu'il a été payé [4]. Quant aux écrits, on discerne particulièrement bien ici le développement qui a conduit des anciens actes impersonnels, rédigés par le débiteur et ne constituant guère que de simples memorandums de la preuve testimoniale, aux actes émanant du créancier et faisant preuve contre lui qui sont de véritables quittances au sens moderne [5].

1. Ainsi la revendication subsiste au profit du propriétaire et la créance n'est pas éteinte quand le débiteur a payé avec les deniers d'autrui ; ainsi, quand le pupille a payé sans l'*auctoritas tutoris*, il garde lui-même la revendication et reste tenu de sa dette (*Inst.*, 2, 8, *Quibus alien. licet*, 2). Mais cependant, au second cas, le tiers pourra repousser la revendication par une exception de dol, si le pupille n'ayant fait que payer une dette personnelle et échue n'a pas d'intérêt à reprendre ce qu'il a livré et ce qu'il devrait livrer de nouveau aussitôt après (cf. *D.*, 44, 4 *De d. m. exc.*, 8, *pr.*), et, dans les deux cas, la revendication disparaîtra et le paiement deviendra libératoire, quand le créancier aura consommé les deniers de bonne foi (*D.*, *h. t.*, 78 ; *D.*, 26, 8, *De auct. tut.*, 9, 2). Cf. pp. 519-521, les règles parallèles du *mutuum*.

2. Gaius, 2, 84 (p. 214, n. 2).

3. *D.*, *h. t.*, 12.

4. C'est l'assistance à une déclaration de ce genre que paraissent rappeler, parmi les actes cités à la note suivante, ceux du premier type.

5. La dualité se révèle avec une clarté singulière dans la collection de quittances du commissaire-priseur L. Caecilius Jucundus, trouvée à Pompéi en 1875 et éditée en dernier lieu par M. Zangemeister, *C. I. L.*, IV, *Suppl.*, 1898 (exemples et notice, *Textes*, pp. 860-867). La caisse où on les a découvertes avait été laissée à Pompéi à l'époque de la première éruption par Jucundus, peut-être comme la moins précieuse, pendant qu'il emportait ou est revenu prendre d'autres fractions plus importantes de ses archives qu'on n'a pas retrouvées, par exemple ses titres de créances, ses livres de compte. Elle contenait plus de cent cinquante actes inscrits sur des tablettes enduites de cire, suivant le système indiqué, p. 68, n. 1, parmi lesquels une centaine, déchiffrés en tout ou en partie, constatent le rem-

Ce second type d'actes subsiste seul à l'époque de Justinien et y est en principe sur le pied d'égalité avec la preuve testimoniale. Mais cependant nous avons déjà vu un cas où il est pendant un certain délai dénué d'efficacité (*querela non numeratae solutionis*, p. 515, n. 7) et il y en a à l'inverse un, celui de dette constatée, par un écrit, où le paiement ne pourra être prouvé que par un écrit ou par cinq témoins convoqués afin d'y assister [1].

§ 2. — Novation.

La novation (*novatio*) [2] est, dit-on, la translation du contenu d'une obligation dans une obligation nouvelle qui la remplace [3]; c'est l'extinc-

boursement de clients de l'office pour lesquels des ventes avaient été faites entre l'an 27 et l'an 57 par L. Caecilius, l'une même en l'an 15 par un nommé L. Caecilius Félix, probablement son père et son prédécesseur, et présentent à la fois la formule selon laquelle le créancier a déclaré en présence des témoins dénommés avoir reçu son paiement (*habere dixit*) et celle où c'est le créancier lui-même ou quelqu'un écrivant sur son ordre qui donne le reçu (*scripsi accepisse; scripsi rogatu... eum accepisse*). Contrairement à ce qu'on avait d'abord cru, aucune des quittances de Jucundus ne contient, semble-t-il, la première formule seule (l'unique exception paraît être l'acte de Caecilius Félix de l'an 15; sur d'autres exceptions apparentes, v. Zangemeister, p. 420; Erman, *Z. S. St.*, 20, 1899, p. 176). Elles contiennent tantôt la seconde seule en deux exemplaires, tantôt la première en un exemplaire (l'intérieur) et la seconde en un autre, tantôt même la première en deux exemplaires et la seconde en un troisième. Mais elles n'en montrent pas moins clairement la substitution progressive de la seconde à la première. Elles font aussi mieux ressortir qu'aucun autre groupe de titres comment la différence de fonctions des deux catégories d'actes a été à son tour la source de diversités non seulement dans les formules employées, mais dans la personnalité des rédacteurs des actes : tous de la même écriture, celle de Secundus pour la première formule; d'écritures différentes, pour la seconde; — dans le nombre des témoins et des cachets : pour la première formule, sept témoins au moins, plus souvent huit fournis par moitié par les deux parties (Sénèque, *De benef.*, 3, 15) aux cachets desquels s'ajoute souvent celui du créancier; pour la seconde, seulement cinq cachets au plus et au plus trois témoins, parfois aucun; — enfin, révèlent seuls les titres de Pompéi, jusque dans le rôle des cachets qui, dans les actes du second type, ne sont pas simplement apposés sur les fils formant la partie intérieure du titre pour empêcher de l'ouvrir en l'absence des auteurs des scellés, mais placés à la suite des actes pour en manifester la reconnaissance, comme notre signature moderne ou les sceaux du Moyen âge. Cette particularité, relevée pour la première fois par M. Zangemeister, explique comment la fonction probatoire était remplie même par les *chirographa* écrits par un tiers : ils portaient deux cachets : celui du scribe et celui de la personne pour laquelle le scribe écrivait.

1. Justinien, *C.*, 4, 20, *De test.*, 18.

2. *Inst.*, *h. t.*, 3. *D.*, 46, 2, *De novationibus et delegationibus*. Toutes les expositions modernes du système de la novation romaine ont été écrites sous la préoccupation de l'ouvrage de Salpius, *Novation und Delegation nach römischem Recht*, 1864, dont les conclusions, fort différentes de celles répandues jusqu'alors, ont été par ex. admises presqu'en totalité par P. Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances*, 1879, et ont au contraire été vivement contestées par d'autres auteurs (v. par ex. le compte rendu détaillé de Witte, *K. V. J.*, 8, 1866, pp. 169-212; 321-377).

3. *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova*

tion d'une obligation par la création d'une obligation nouvelle qui a le même objet, mais qui peut d'ailleurs intervenir soit entre les mêmes parties, soit entre le même créancier et un nouveau débiteur, soit entre le même débiteur et un nouveau créancier. Le phénomène est le même dans les trois cas, et il tire, croyons-nous, dans tous trois son origine de la même notion. Suivant la doctrine que nous croyons la meilleure, la novation a commencé par être un résultat nécessaire de l'idée selon laquelle on ne pouvait pas plus faire successivement deux contrats que deux procès relativement à la même dette [1].

Rien n'empêchait naturellement plusieurs dettes distinctes d'exister successivement entre les mêmes personnes, ni la même chose de pouvoir faire successivement l'objet de contrats distincts entre des personnes différentes [2]. Mais l'objet d'une dette déjà formée ne pouvait, ni entre les parties, ni entre des parties nouvelles, être l'objet d'une nouvelle dette se juxtaposant à la première. Si le nouveau contrat était absolument identique à l'ancien, il ne naissait pas [3] ; s'il en différait en un

constituatur ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione. Cf. sur les définitions diverses des interprètes, R. Merkel, *Der römischrechtliche Begriff der Novatio*, 1892, p. 6-10.

1. Cette conception qui a été indiquée par Salpius et adoptée par Dernburg, et qui a depuis été acceptée avec des nuances par Mitteis, *Individualisirung der Obligation*, 1886, pp. 6-8, et Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 740, est la seule qui nous paraisse rendre compte de la naissance même de l'institution de la novation. Elle s'appuie d'abord sur des vraisemblances générales très fortes, sur le rapprochement fait par les textes avec la *litis contestatio* (p. 715, n. 1), sur la nécessité d'empêcher ici aussi qu'on puisse faire deux procès et par conséquent obtenir deux paiements à raison du même droit, sur la discordance dans laquelle l'institution savante d'actions multiples tendant au même but serait avec l'esprit simpliste de l'ancien droit. Elle repose ensuite sur un texte formel très remarquable. Pomponius, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 18 : *Qui bis idem promittit, ipso* (le ms. : *ideo*) *jure amplius quam semel non tenetur.* Enfin elle nous paraît dans une harmonie très probante et trop peu remarquée avec la façon dont la formation d'une obligation nouvelle, même par une partie nouvelle, écarte automatiquement l'obligation ancienne dans certaines opérations archaïques de procédure ou de droit public que nous retrouverons : intervention du *vindex* de la *manus injectio* mise sur le même pied que l'exécution du jugement par les XII Tables, 3, 3, *Textes*, p. 13, et par la loi de la colonie Genetiva. c. 61, *Textes*, p. 90 ; surtout engagement du *praes* libérant le débiteur principal qui doit lui-même se porter *praes*, s'il veut rester tenu (p. 762, n. 3). Cf. en sens contraire, Merkel, pp. 21-27.

2. Entre personnes différentes, il est évident qu'une même chose peut être très valablement promise à des personnes différentes soit par plusieurs personnes, soit par la même. Il y a là autant de créances distinctes que de contrats distincts et chaque créance fera naître un droit distinct d'exécution, aboutissant à un paiement en nature ou en équivalent, sans que l'exécution au profit d'un créancier fasse perdre sa créance à l'autre. Rien n'empêche non plus que la même personne ne contracte successivement plusieurs dettes envers le même créancier, soit pour des objets individuels différents, un bœuf après un cheval, soit aussi pour des choses de même espèce désignées *in genere*, une première fois pour cent sesterces, une seconde fois pour cinquante sesterces, ou pour cent cinquante ou pour cent. Il y a deux obligations : *Duplatur obligatio*, dit-on avec un texte (*D.*, *h. t.*, 8, 5).

3. V. en ce sens, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 18 ; 58 ; 29, *pr.*, et Gide, pp. 85-97.

point quelconque, cet avantage justifiait sa naissance, mais c'était alors l'ancien qui disparaissait [1]. Il y avait là un résultat pour ainsi dire mécanique qui se produisait dès lors que le nouveau contrat portait sur l'objet de l'ancien. Mais naturellement la connaissance du phénomène juridique portait à faire l'acte quand on voulait atteindre son résultat et à le faire seulement alors. La novation entra ainsi de fort bonne heure dans la conscience juridique, comme un procédé permettant d'éteindre une dette ancienne par la création d'une dette nouvelle. Et, lorsque l'on admit, assez tôt entre personnes différentes, assez tard entre les mêmes parties, la possibilité de juxtaposer quant au même objet une obligation nouvelle à l'ancienne sans l'éteindre [2], on a pu, selon la formule employée, ou placer à côté de l'ancienne obligation une obligation nouvelle indépendante dont le bénéfice se cumulerait avec le sien, ou faire naî-

1. On ne peut pas déterminer avec une certitude absolue les formules que la doctrine romaine est arrivée à considérer comme portant sur l'objet de l'obligation ancienne et entraînant notre résultat. Il se produit évidemment quand la formule de la nouvelle obligation vise expressément le contenu de l'ancienne, quand le créancier dit au nouveau débiteur : *Quod Titium mihi dare oportet, id dari spondes* (*D.*, *h. t.*, 34, 2), *Quod mihi Seius debet, dares spondes* (*D.*, 45, 1, *De V. O.*, 75, 6), quand le nouveau créancier dit au débiteur : *Quod Titio debes, mihi dare spondes* (cf. *D.*, *h. t.*, 8, 5), quand le créancier dit au débiteur : *Quod ex testamento dare mihi debes, dare spondes* (*D.*, 45, 1, *De V. O.*, 75, 6), *Quidquid te dare facere oportet* (*D.*, 45, 1, *De V. O.*, 76, 1), *Quidquid ob eam rem te mihi dare oportet* (*D.*, 44, 5, *Quar. rer.*, 1, 4), etc. Mais il se produit aussi quand, une chose déterminée étant déjà due, cette chose, le fonds Sempronien, l'esclave Stichus, est de nouveau promise par le même débiteur au même créancier (v. par ex., *D.*, *h. t.*, 31, *pr.*) et même, semble-t-il, quand elle l'est par le débiteur à un nouveau créancier sur le *jussum* de l'ancien ou par un nouveau débiteur au créancier, sans doute à notre sens dans ces derniers cas avec une mention quelconque révélant l'identité de dette (cf. *D.*, *h. t.*, 31, 1 et Salpius, pp. 171-175). Au contraire, il n'y a pas novation, il y a cumul, avons-nous vu, quand le même débiteur promet de nouveau cent sesterces au même créancier. C'est un point controversé de savoir s'il pouvait même faire une stipulation novatoire en disant au débiteur *centum quae debes*, comme le pense M. Gide, p. 255, n. 1, en invoquant *D.*, *h. t.*, 8, 4, et comme le nie, après Salpius, M. Merkel, p. 25 et ss.

2. L'ancien droit n'admettait pas, croyons-nous, la juxtaposition à l'ancien contrat d'un contrat accessoire nouveau ni entre les mêmes parties ni entre des parties nouvelles. Cela nous conduit à nier pour l'époque la plus ancienne la possibilité de juxtaposer à un contrat principal un contrat accessoire instituant à côté des parties un nouveau débiteur ou un nouveau créancier, à décider qu'on connaissait alors seulement la pluralité de créanciers et de débiteurs résultant d'une solidarité produite par une interrogation commune et des réponses multiples ou par des interrogations multiples et une réponse commune (*Inst.*, 3, 16, *De duob. reis*, *pr.*). Mais cela a certainement changé de bonne heure pour les créances et les dettes accessoires de parties distinctes dont le caractère accessoire et non pas novateur se manifeste à l'emploi du mot *idem* (*adstipulatio* : Gaius, 3, 112, *sponsio* et *fidepromissio* : Gaius, 3, 116), à l'emploi du mot *idem* au lieu du mot *id*, a-t-on dit, en considérant comme la forme primitive de la stipulation novatoire celle de *D.*, *h. t.*, 34, 2 (n. 1). Et cela a même fini par être possible entre les mêmes parties, suivant un principe diamétralement contraire à celui de *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 18 (p. 705, n. 1), posé par ex. par Paul, *D.*, 44, 2, *De exc. r. jud.*, 14, 2 ; *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 159, et par Ulpien, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 10.

tre à côté d'elle une nouvelle obligation seulement accessoire excluant l'idée de cumul, ou mettre à sa place une obligation nouvelle ne naissant que par sa mort. On peut, à l'aide du contrat verbal qui a certainement toujours été tout au moins l'instrument par excellence de la novation, faire, en droit classique, selon la formule employée, soit des stipulations cumulatives, soit des stipulations accessoires, soit des stipulations novatoires [1]. On peut également poursuivre les trois buts, dans le droit de Justinien, où la décadence du formalisme a naturellement un peu modifié les conditions de la novation, mais où elle n'a pas sensiblement influé sur ses effets.

Nous étudierons ici les conditions et les effets de la novation ; puis nous dirons quelques mots du phénomène voisin qui se produit au cas de déduction d'une créance en justice. Nous croyons en revanche inutile de revenir sur l'espèce de novation prétorienne produite par le pacte de constitut (p. 616, n. 1) et par le *receptum argentarii* (p. 617, n. 5).

I. Conditions d'existence de la novation. — Il faut naturellement, pour la novation, tant une obligation ancienne qu'on éteint qu'une obligation nouvelle qu'on crée et qu'on doit même créer par un contrat formel. Mais cela ne suffit pas. Il faut en outre que l'obligation nouvelle ait le même objet que l'ancienne (*idem debitum*) tout en en différant par un certain élément nouveau (*aliquid novi*), et les textes exigent enfin, pour qu'il y ait stipulation novatoire, que l'acte ait été fait dans cette intention (*animus novandi*). Cela donne en résumé cinq conditions dont au reste la rigueur ni la portée n'ont pas toujours été les mêmes.

1. *Obligation ancienne.* Il faut nécessairement une obligation ancienne. On ne peut éteindre le néant. Mais on peut éteindre tout ce qui existe. La novation peut porter sur une obligation née d'une source quelconque, sur une obligation prétorienne ou sur une obligation civile, sur une obligation naturelle comme sur une obligation munie d'action [2].

2. *Obligation nouvelle née d'un contrat formel.* L'obligation nouvelle sera toujours une obligation née d'un contrat formel ; car la novation a nécessairement lieu par contrat formel : elle peut être faite par un contrat verbal, on discute si elle peut l'être au sens technique par un contrat littéral [3] ; elle ne peut l'être autrement ; mais, à la condition d'être née *verbis* ou peut-être *litteris*, l'obligation peut être aussi bien naturelle que civile,

1. Les trois possibilités sont par exemple indiquées, *D., h. t.*, 8, 5, où Ulpien parle non seulement de *duplari dotem* et de *fieri novationem*, mais du troisième cas où *uterque tenetur, sed altero solvente alter liberatur*.

2. Ulpien, *D., h. t.*, 1, 1.

3. La doctrine, autrefois à peu près unanime, selon laquelle la novation pouvait indifféremment se réaliser par un contrat verbal ou un contrat littéral, a été vivement contestée par Salpius, p. 143, et par Gide, pp. 208-216.

dit-on dans la terminologie moderne[1], l'acte peut produire l'effet extinctif sans l'effet créateur[2], pensait-on sans doute dans l'ancien droit.

3. *Animus novandi*. La novation n'existe, dans le droit de Justinien et probablement dans le dernier état du droit classique, qu'à condition que les parties aient eu l'intention d'éteindre l'obligation ancienne[3]. Il y aurait sans cela deux obligations. Mais il est déjà douteux que cet élément intentionnel jouât le rôle d'une condition distincte à l'époque de Gaius, qui n'en parle pas. Il nous paraît clair qu'il devait être inconnu à l'époque ancienne, où l'effet des actes était déterminé par leurs formes et non par des intentions, où en particulier l'obligation disparaissait, croyons-nous, par le contrat nouveau avec la même nécessité que par la déduction en justice, pourvu que le contrat nouveau portât sur son objet. La question était une question de formes, si naturellement on ne recourait aux formes que quand on voulait produire leur effet légal connu[4]. La décadence du formalisme a eu pour conséquence de faire de

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* (p. 704, n. 3) : *In aliam obligationem vel civilem vel naturalem*.

2. Gaius, 3, 176 : *Interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur*. Il donne comme exemples la promesse faite *post mortem*, celles faites par une femme sans l'*auctoritas* de son tuteur, par un pupille sans l'*auctoritas* de son tuteur, auxquelles Ser. Sulpicius ajoutait même, nous apprend-il, 3, 179, la promesse faite par un esclave. Au contraire la promesse faite par un pérégrin dans la forme *spondesne ? spondeo* et, suivant la doctrine qui a prévalu, celle faite par un esclave ne sont pas novatoires ; c'est qu'on ne voit pas là un contrat verbal régulier. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 741 ; Merkel, pp. 34-41. Mais il y a novation sans obligation naturelle au cas de promesse *post mortem* (et aussi à celui d'intercession prohibée de la femme, prouve par ex., *D.*, 16, 1, *Ad S. C. Vell.*, 8, 11) et il n'y a pas novation, malgré l'obligation naturelle, au cas de promesse de l'esclave, dans la doctrine dominante du temps de Gaius et encore maintenue sous Justinien (*Inst.*, *h. t.*, 3).

3. Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 3 *a*, résumant sa constitution, *C.*, 8, 41 (42), *De nov.*, 8. Pour le droit classique, Justinien ayant, comme il le dit lui-même dans la constitution, corrigé les textes antérieurs, il est difficile de dire quels sont ceux où la novation était déclarée dès le principe n'exister que si l'on avait agi *animo novandi*, *si id specialiter actum est*, *si hoc agatur ut novetur obligatio*, etc. Il n'est pas douteux qu'il y en a plusieurs d'interpolés (cf. par ex. Julien, *D.*, 45,1, *De V.*, *O.*, 58 : Lenel, 715 ; Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 5 : Lenel, 2929 ; v. encore Gradenwitz, *Interpolationen*, pp. 218-219). On peut également comprendre que dans plusieurs, le langage des jurisconsultes signifie simplement que la stipulation doit avoir été faite dans les formes ayant la vertu novatoire. Mais c'est un point douteux de savoir si l'on peut, par l'une ou par l'autre raison, les écarter tous. D'autre part, si rien ne force à rapporter à des jurisconsultes très anciens le témoignage de Justinien selon lequel *inter veteres constabat tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat*, il paraît pourtant impliquer l'existence de jurisconsultes plus ou moins récents d'accord pour exiger l'*animus*. Ulpien semble bien se placer à ce point de vue, qui était une conséquence à peu près nécessaire de la désuétude des formes en admettant la possibilité théorique de certaines novations qu'il rejette pour d'autre causes concrètes (*D.*, 45, 2, *De duob. reis*, 3 ; *D.*, *h. t.*, 6, *pr.*).

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2.

la question de novation comme de toutes les autres une question de fond, d'interprétation de volonté, pour laquelle seulement on avait fini par admettre des présomptions que Justinien a abolies dans une constitution peu claire [1].

4. *Idem debitum*. La dette nouvelle doit avoir le même objet que l'obligation ancienne. Il n'y a pas, dans l'ancien droit romain, de novation par changement d'objet. C'est prouvé par la définition même de la novation [2]. Ce l'est aussi par les décisions concrètes des textes : les jurisconsultes ont bien fini par admettre que l'on peut promettre la même chose en termes quelconques, par exemple promettre la valeur de la chose au lieu de la chose même [3] ; mais ils disent que, si la chose est différente, si par exemple on promet un usufruit à une personne à la place de celui dû à un autre, il n'y aura pas novation, il y aura coexistence des deux dettes [4]. Ce résultat s'accordait parfaitement avec l'idée que nous avons donnée pour fondement à la novation. En revanche il contrariait visiblement l'intention des parties. Mais l'inconvénient en fut de bonne heure effacé par les principes du droit prétorien qui donnait alors l'*exceptio pacti* au débiteur poursuivi *ex antiqua causa* et Justinien semble même l'avoir effacé en droit civil, avoir donc reconnu implicitement une novation par changement d'objet [5].

5. *Aliquid novi*. Il faut un élément nouveau. Sans cela il n'y aurait pas de motif raisonnable de nover. L'obligation nouvelle ne naîtrait pas anciennement. Elle se juxtaposerait à la première dans le droit nouveau. En tout cas, il n'y aurait pas novation. Le motif raisonnable qui conduit à nover dans le système de l'interprétation de volonté, la raison pour laquelle la loi anéantit l'obligation ancienne plutôt que la nouvelle dans

1. On discute si cette constitution (p. 708, n. 3), d'après laquelle la novation devra avoir lieu *voluntate non lege*, n'a pas exigé que l'intention de nover fût exprimée non seulement d'une manière certaine, mais en termes exprès. V. la bibliographie, dans Vangerow, 3, § 619, pp. 367-368.

2. *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio*. V. aussi Gaius, 3, 176 : *Prima* (*obligatio*) *tollitur translata in posteriorem*, et les autres formules citées par Gide, p. 120.

3. Cette solution est supposée dubitativement par Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 91, 6. Elle est donnée positivement dans un texte de Papinien, *D.*, *h. t.*, 28 : Lenel, 56, à la vérité plus suspect. Cf. Merkel, p. 66.

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 4.

5. On indique, dans ce sens, à la fois la constitution sur l'*expressio* de l'*animus novandi*, *C.*, 8, 41 (42), *De nov.*, 8, où il suppose qu'on aura pu augmenter ou diminuer le montant de l'obligation (*si... quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit*) et des textes interpolés par lui, tels que Julien, *D.*, 45,1, *De V. O.*, 58 : Lenel, 715, où il exclut la novation au cas de stipulation de l'*actus* à la place de l'*iter*, de l'*usus* à la place de l'*usus fructus*, de *quinque* à la place de *decem*, *nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit*, où il admet donc, en cas d'intention spécialement exprimée, la novation par changement d'objet (sur l'interpolation révoquée en doute par Gide, p. 78, cf. Merkel, p. 67, et Accarias, 2, p. 538, n. 3).

le système ancien, c'est précisément la diversité qui séparera l'obligation nouvelle de l'obligation ancienne, malgré l'identité de leur objet. Cette diversité saute aux yeux dans la novation par changement de créancier ou de débiteur (*novatio inter novas personas*) ; mais elle n'est pas moins présente ni moins nécessaire dans la novation faite sans changement de parties (*novatio inter easdem personas*).

a) *Novatio inter easdem personas*. Quand il n'y a pas de changement de parties, quand le débiteur d'un esclave, d'un fonds de terre, d'une somme d'argent fait à son créancier une promesse se rapportant au même esclave, au même fonds, à la même somme, la nouveauté qui motive l'opération peut consister dans un changement de la nature de la créance ou dans un changement de ses modalités. Elle consiste dans un changement de nature de la créance toutes les fois que l'obligation ancienne n'était pas née d'un contrat formel et que le contrat novatoire transformera cette obligation née soit d'un délit soit d'un contrat de bonne foi, soit d'un contrat non formel de droit strict, en dette contractuelle, de droit strict, née d'un contrat formel [1]. Au cas où l'obligation antérieure était déjà née d'un contrat formel, la nouveauté peut consister, d'après une énumération présentée avec des variantes de détail par Gaius et Justinien, dans l'addition ou la suppression de certaines modalités : d'un terme, d'une condition, d'une caution verbale [2].

1. Dans toutes ces hypothèses, la nouveauté résulte nécessairement du caractère formel, pratiquement du caractère verbal du contrat, qui, faut-il dire peut-être, au point de vue ancien, diversifie matériellement l'obligation ancienne de l'obligation nouvelle, qui, au point de vue de l'utilité pratique, transforme en dettes contractuelles, perpétuelles et transmissibles contre les héritiers, des dettes délictuelles, parfois temporaires et toujours intransmissibles ; — en dettes nées de contrats formels et de droit strict les dettes nées de contrats non formels et de contrats de bonne foi, par exemple les dettes de prix de vente (p. 546, n. 4) ; on remarquera en revanche pour le *mutuum* d'argent une règle spéciale selon laquelle la stipulation de deniers prêtés est considérée comme un contrat unique et non pas comme une stipulation novatoire d'un contrat formé *re* : *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 126, 2, *D.*, *h. t.*, 6, 1 ; cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 257-263 et Segré, *Mutuo e stipulatio*, *Volume delle onoranze Simoncelli*, Naples, 1916) ; — enfin partout en dettes verbales susceptibles d'acceptilation des dettes qui ne pouvaient auparavant être éteintes par ce procédé (p. 725, n. 4). En conséquence Gaius, 3, 177, n'exige un élément nouveau distinct qu'au cas de contrat verbal portant sur l'objet d'une première dette verbale. Partout ailleurs cet élément résulte du contrat verbal même.

2. Gaius, 3, 177 : *Forte si condicio aut dies aut sponsor adjiciatur aut detrahatur*. *Inst.*, *h. t.*, 3 : *Forte si condicio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur*. On remarquera : 1° pour l'*adjectio aut detractio sponsoris*, qu'une nouvelle stipulation était nécessaire pour le libérer sans le débiteur principal (p. 726, n. 6) et qu'elle l'était aussi pour l'adjoindre à lui après coup, suivant une conjecture selon laquelle la *sponsio* n'aurait pu s'adjoindre anciennement à l'obligation principale qu'au moment de la formation de celle-ci. Au reste Gaius nous apprend que les Proculiens ne considéraient pas la stipulation faite avec addition ou suppression du *sponsor* comme novatoire. C'est probablement sans intention préconçue que Justinien, en copiant le texte de Gaius, y a remplacé la mention du *sponsor*, disparu de son temps, par celle du *fidejussor* dont ne parlait pas Gaius ; — 2° pour

b) *Novatio inter novas personas.* Tous ces éléments nouveaux pourraient se rencontrer pareillement dans des novations par changement de créancier ou par changement de débiteur. Mais elles n'en ont naturellement pas besoin ; leur élément nouveau existe sans cela ; c'est le créancier dans la première, le débiteur dans la seconde.

α. *Novation par changement de créancier.* — Une obligation peut être éteinte et remplacée par une obligation nouvelle, si un débiteur s'engage sur l'invitation de son ancien créancier envers un nouveau créancier.

Cette novation requiert, comme la précédente, le concours de la volonté des deux sujets de l'ancienne obligation, du débiteur, qui est libre de refuser de changer de créancier, du créancier, qui ne perd pas sa créance sans son aveu, qui la perd seulement si le nouveau créancier a stipulé avec son assentiment, *jussu antiqui creditoris* [1]. Quant aux motifs qui pourront porter à l'opération, ce sont tous ceux très variés pour lesquels on peut vouloir faire passer une créance sur la tête d'autrui. La novation par changement de créancier pourra par exemple être faite dans le but de réaliser une donation, de réaliser une constitution de dot, de faire un prêt de consommation (p. 523, n. 2), enfin de payer une dette, non seulement quand on a vendu la créance, mais quand on est grevé d'un

l'*adjectio aut detractio diei*, qu'on aurait pu adjoindre le terme par un simple pacte produisant effet *exceptionis ope*, comme pacte *ad minuendam obligationem*, mais que le pacte de suppression de terme, étant un pacte *ad augendam obligationem*, ne pouvait être rendu obligatoire que par un nouveau contrat verbal : par la stipulation novatoire, on l'ajoutera ou on le supprimera *jure civili* ; — 3° pour l'*adjectio aut detractio condicionis*, qu'il faut également une stipulation pour ajouter la condition *jure civili* et pour la supprimer avec une efficacité quelconque. Seulement la condition soulève d'autres difficultés spéciales. En partant de l'idée qu'une stipulation novatoire peut éteindre l'obligation ancienne sans en créer de nouvelle (p. 708, n. 2), Ser. Sulpicius soutenait qu'une stipulation conditionnelle novait immédiatement une obligation pure et simple antérieure. La doctrine plus récente décida, en partant de la nécessité d'une obligation ancienne et d'une obligation nouvelle, que l'obligation pure et simple ne serait novée par la stipulation conditionnelle, ni l'obligation conditionnelle par la stipulation pure et simple, qu'à l'événement de la condition et pourvu que cet événement se réalisât. Jusque-là le débiteur restera tenu de la dette conditionnelle, au cas de *detractio*, et de la dette pure et simple, au cas d'*adjectio*, sauf au second cas la concession implicite d'un terme résultant de la stipulation conditionnelle (Gaius, 3, 179). Les interprètes discutent seulement comment on assurerait l'exécution de la volonté des parties si cette volonté avait été de remplacer le certain par l'incertain, en ajoutant une condition, ou l'incertain par le certain, en en supprimant une. Le procédé pour assurer le respect d'une telle volonté n'a pas été très difficile à trouver : exception contre l'ancienne action, au premier cas ; délivrance de la nouvelle action, en vertu de la stipulation considérée comme stipulation principale dans le second. Mais on remarquera que la question n'a pu être pratique tant que l'exigence de l'identité d'objet a empêché de balancer le risque supprimé par une diminution du montant de la dette ou le risque ajouté par une augmentation de ce montant.

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 5 : *Non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur.*

legs portant sur elle, quand on l'a acquise pour le compte d'un tiers, ainsi en vertu d'un mandat donné par lui, et qu'on est obligé de la lui transférer pour remplir son obligation de rendre compte.

β. *Novation par changement de débiteur.* — La novation par changement de débiteur se produit quand un nouveau débiteur s'engage à la place d'un autre. Elle requiert, comme les deux précédentes, le consentement du créancier qui ne peut changer de débiteur malgré lui, mais elle n'exige pas celui du débiteur libéré. On peut se porter débiteur à la place d'un individu comme on peut payer pour lui, sans son consentement[1]. Quant au motif, ce pourra être l'intention de faire une donation à la personne qu'on libère, de constituer une dot à son profit, de lui faire un prêt ; ce pourra aussi être celle de se libérer d'une dette, par exemple dans les cas où nous avons vu tout à l'heure le créancier inviter le débiteur à s'engager envers une nouvelle personne : ainsi le tiers qui a contracté envers le mandataire va s'engager envers le mandant pour se libérer envers le mandataire, en sorte qu'il y aura à la fois novation par changement de créancier et novation par changement de débiteur, le mandant devenant par exemple créancier du tiers acheteur à la place du mandataire et le tiers acheteur devenant débiteur du mandant à la place du mandataire.

γ. *Observations terminologiques.* — C'est le lieu de faire deux observations relatives à la terminologie de la novation *inter novas personas*, au sens des expressions : *expromissio* et *delegatio*.

Les commentateurs parlent d'*expromissio* seulement en matière de novation par changement de débiteur, et exclusivement quand le nouveau débiteur s'engage sans s'être préalablement entendu avec le débiteur qu'il remplace. Mais il est très douteux que le mot ait eu ce sens technique à Rome[2].

La délégation, où une personne, le délégué, traite avec une autre, le délégataire, sur l'invitation d'une troisième, le délégant, était considérée par les anciens commentateurs comme n'existant qu'au cas où il y a novation et même comme n'existant au sens strict que dans le cas où, ainsi que dans notre exemple de tout à l'heure, il y a à la fois novation par changement de créancier (*delegatio crediti*) et novation par changement de débiteur (*delegatio debiti*), quand Primus, débiteur de Secundus qui l'est lui-même de Tertius, s'engage envers Tertius sur l'ordre de

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 5 (suite) : *Liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim.*

2. Les Romains emploient les mots *expromittere*, *expromissio* pour désigner toute espèce de novation, même quand il n'y a pas changement de débiteur, mais changement de créancier (par ex. *D.*, 23, 3, *De J. D.*, 36), même quand il n'y a changement ni de débiteur ni de créancier (par ex. *D.*, 14, 6, *De S. C. Maced.*, 20) ; peut-être même sans novation (*D.*, 16, 1, *Ad S. C. Vell.*, 8, 8). Cf. Windscheid, 2, § 353, n. 8.

Secundus [1]; comme existant seulement au sens large, quand Primus n'était pas débiteur de Secundus ou que Secundus n'était pas débiteur de Tertius. Ils n'admettaient pas qu'il pût y avoir délégation sans novation ni par d'autres formes que celles de la novation. C'est une doctrine inexacte.

D'abord la délégation peut sans aucun doute se réaliser non seulement par le contrat verbal, mais par le contrat littéral, pour lequel on discute si c'est un mode de novation, et par la *litis contestatio*, qui n'est certainement pas une véritable novation [2].

Ensuite et plus largement la délégation peut se produire sans extinction de dette préexistante et même sans création de dette nouvelle. La délégation est l'acte par lequel un individu, le délégant, en invite un autre, le délégué, à faire à un troisième, le délégataire, une prestation qui peut consister, soit dans une promesse, soit dans un transfert de propriété. Elle peut se produire dans un but novatoire, quand il existait déjà une obligation, soit du délégué envers le délégant, soit du délégant envers le délégataire et qu'on la remplace par une obligation du délégué envers le délégataire. Mais quand le délégué verse une somme d'argent au délégataire sur l'invitation du délégant, par exemple, parce qu'il veut se libérer d'une dette envers le délégant ou lui faire une donation, ou lui faire un prêt, et que le délégant veut lui-même faire soit un paiement, soit un prêt, soit une donation au délégataire, il n'y a évidemment pas de novation faute d'obligation nouvelle et pourtant il y a délégation [3]. A l'inverse, il y a encore délégation et il n'y a pas novation faute d'obligation ancienne, quand le délégué s'engage bien envers le délégataire sur l'invitation du délégant, mais qu'il n'y a pas d'obligation à éteindre, que le délégué prend l'engagement pour faire une donation au délégant ou pour devenir son créancier et que le délégant le prescrit pour faire une donation au délégataire ou pour devenir son créancier [4].

1. Cette doctrine a été principalement suggérée par le texte connu d'Ulpien, *D., h. t.*, 11, *pr.* : *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit.* Cf. C. civ., art. 1275.

2. Ulpien, *D., h. t.*, 11, 1 : *Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem.*

3. Paiement du délégué au délégant et du délégant au délégataire : Julien chez Ulpien, *D.*, 44, 4, *De d. m. exc.*, 4, 26. Paiement du délégué au délégant et *mutuum* du délégant au délégataire : p. 521, n. 3. Paiement du délégué au délégant et donation du délégant au délégataire : Julien, *D.*, 39, 5, *De don.*, 2, 1. *Mutuum* du délégué au délégant et du délégant au délégataire : Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 9, 8 (p. 522, n. 2). *Mutuum* du délégué au délégant et donation (plus précisément constitution de dot) du délégant au délégataire : Ulpien, *D.*, 23, 3, *De J. D.*, 5, 8. Dans tous ces cas, on analyse l'opération en deux translations de propriété qui sont réputées accomplies, la première du délégué au délégant en vertu de la règle : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset* (Paul, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 180) et la seconde du délégant au délégataire, en vertu de la règle : *Qui mandat solvi, ipse videtur solvere* (Paul, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 56).

4. Donation du délégué au délégant et du délégant au délégataire : Julien, *D.*,

II. Effets de la novation. — Les effets de la novation se déduisent de sa définition : elle éteint l'obligation ancienne et elle crée une obligation nouvelle.

1° Elle éteint l'obligation ancienne. Par conséquent elle purge la demeure. La mise en demeure du débiteur met la chose à ses risques et fait courir les intérêts dans les obligations de bonne foi : par la novation les deux effets disparaîtront avec la dette [1]. Par conséquent aussi, elle éteint les accessoires de la dette : hypothèques, gages, cautions [2]. Seulement nous verrons que la *successio in locum* peut atténuer ce résultat quant à l'hypothèque, et les parties pourraient faire la novation sous la condition que les sûretés de la dette ancienne garantiraient la dette nouvelle, auquel cas, faute d'intervention de ces sûretés, la novation conditionnelle n'aurait pas lieu. Enfin, particulièrement pour la novation par changement de débiteur, puisqu'elle supprime l'ancienne dette, elle ne laisse pas de recours contre l'ancien débiteur si le nouveau est insolvable. Seulement ce résultat peut être évité par deux expédients : le créancier peut faire la novation sous la condition de la solvabilité du débiteur nouveau, et, même en faisant une novation pure et simple, il peut se faire donner par l'ancien débiteur un mandat de la faire, en vertu duquel il aura contre lui l'action *mandati contraria* en indemnité du préjudice causé par la novation [3].

2° Elle crée une obligation nouvelle. Mais on discute la mesure dans laquelle cette obligation nouvelle est soumise aux fins de non-recevoir, par exemple aux exceptions, qui pouvaient exister contre l'ancienne. A notre sens, cela dépend de la formule employée. Si le débiteur a fait une promesse visant le contenu de l'obligation ancienne (*quidquid ex vendito dare oportet*), on peut, en face de cette novation causée, invoquer contre l'obligation nouvelle tous les moyens qu'on eût pu invoquer contre l'ancienne. Si le débiteur a promis d'une manière indépendante l'objet de la première obligation (*servum Stichum*), la novation se produit par suite de l'incompatibilité des deux obligations, mais il n'y a pas, en principe, de raison de déduire de cette novation abstraite un droit d'opposer à l'obligation nouvelle les moyens existant contre l'ancienne [4].

39, 5, *De don.*, 2, 2. Prêt du délégué au délégant, opération indéterminée entre le délégant et le délégataire : Papinien, *D.*, 14, 3, *De inst. act.*, 19, 3 (cf. p. 523, n. 2).

1. Papinien, *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 17 ; Paul, *D.*, *h. t.*, 18 (n. 2).

2. Paul, *D.*, *h. t.*, 18 : *Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt.*

3. V. pour le principe, Julien, *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 18 : *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur* ; Paul, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 26, 2 : *Bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum* ; pour le premier expédient, Gaius, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 30, 2, et pour le second, *Inst.*, 3, 26, *Mandati*, 2.

4. Les interprètes sont sur ce point dans de très grandes divergences. Cf. le relevé de Windscheid, 2, § 355, n. 1 a. La distinction nous paraît commandée

III. Novation nécessaire. — Les interprètes ont depuis longtemps rapproché la novation volontaire, résultant du contrat qui met une dette nouvelle à la place d'une dette ancienne, et le phénomène, désigné par eux du nom de novation nécessaire, qui se produit par suite de la déduction d'une obligation en justice. C'est un rapprochement qui est fait par les textes [1], qui est conforme à la vérité des choses et qui nous paraît fort justifié à condition d'y voir une ressemblance et non pas une identité, à condition surtout de regarder le phénomène produit par l'exercice judiciaire de la créance non pas comme une imitation de la novation contractuelle, mais comme une expression primitive et même plus ancienne de la même idée.

La transformation du droit qui se produit au moment de sa déduction en justice, au moment que l'on appelle celui de la *litis contestatio*, et même une seconde fois à celui du jugement, est assez voisine de celle produite par la stipulation novatoire, plus encore dans l'ancien droit que dans le droit très récent. Ici aussi, il y a création d'une obligation nouvelle, qui, comme l'obligation créée dans la novation, est soustraite aux

encore plus par les principes que par les textes. Une distinction analogue semble devoir être faite, au point de vue du fond, quoiqu'on ne puisse alors parler de stipulation novatoire, quand la première obligation est nulle. — L'interprétation des textes en eux-mêmes peu concordants est encore compliquée par deux causes : 1° Quand l'obligation née du contrat nouveau est valable, malgré l'absence d'obligation ancienne, par suite du caractère abstrait de la stipulation, elle peut néanmoins, si l'obligé n'a pas connu le vice (*D.*, *h. t.*, 12), donner ouverture aux moyens fondés sur le défaut de cause : celui qui s'est obligé aura la *condictio sine causa*, contre celui qui s'est enrichi sans cause de sa promesse, et, tandis que cela ne le dispensera pas d'exécuter cette promesse quand il s'est engagé envers un nouveau créancier (*D.*, *h. t.*, 12), la même raison fondera à son profit une exception au cas où l'enrichi est précisément le créancier, au cas de novation entre les mêmes parties (*D.*, 14, 6, *De sc. Maced.*, 20) ; 2° Il y a entre la novation et la délégation un lien qui fait souvent confondre avec les effets de la novation ceux de la délégation, en particulier quant à la question de savoir si le délégué peut opposer au délégataire les fins de non-recevoir qu'il avait contre le délégant. Si le délégué promet ce qu'il devait au délégant, nous retombons dans la novation par changement de créancier causée. Mais il peut faire une promesse indépendante de son propre lien, soit au cas de novation non causée, soit en l'absence de novation. Il est alors en principe tenu envers le délégataire sauf son recours contre le délégant. Il ne peut invoquer l'inexistence du lien dont il désirait se libérer envers le délégant que lorsque le délégataire était un donataire du délégant ou n'était pas en réalité son créancier, que ce délégataire ferait par conséquent un profit gratuit en obtenant l'exécution de l'engagement (*D.*, 44, 4, *De d. m. exc.*, 7). Cf. en sens divers, Vangerow, 3, § 619 ; Gide, *Novation*, p. 251 et ss. ; Windscheid, 2, § 355.

1. *F. V.*, 263 : *Si... interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit. C.*, 7, 54, *De usur. re jud.*, 3, 2 : *Novatur judicati actione prior contractus.* Gaius, 3, 180 : *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum* ; *nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione* ; *sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri* ; *et hoc est quod apud veteres scriptum est*, *ante litem contestatam dare debitorem oportere*, *post litem contestatam condemnari oportere*, *post condemnationem judicatum facere oportere*. Cf. Gradenwitz, *Festschrift Bekker*, 1907, pp. 385-392.

causes d'extinction de l'ancienne[1], qui, comme elle, peut, au moins depuis l'époque de la procédure formulaire où il est permis de plaider pour autrui, naître entre les mêmes parties ou entre des parties différentes[2], et il y a extinction d'une obligation ancienne, qui du temps de Gaius, peut avoir lieu tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*, mais qui anciennement avait toujours lieu *ipso jure*[3].

Quant aux différences, très faibles à l'époque ancienne, elles sont plus marquées dans la période classique et encore plus au temps de Justinien. On dit, dans la formule même qui fait la comparaison, que cette novation est nécessaire au lieu d'être volontaire ; seulement, si c'est vrai au temps de Justinien, sous la procédure extraordinaire, ce ne l'est pas du tout sous le système antérieur, où l'organisation d'un procès est un acte volontaire comme la formation d'un contrat, où la volonté est déterminée par des mesures de contrainte, mais où le procès ne peut se lier sans le concours des volontés des deux plaideurs[4]. On dit aussi qu'à la différence de la novation contractuelle, la novation judiciaire aboutit à un changement d'objet ; mais il y a plutôt une substitution à la chose de son évaluation, qui a été admise aussi dans la novation contractuelle (p. 709, n. 3). En revanche, on peut citer, comme de véritables divergences : le maintien de la demeure[5] ; le maintien des hypothèques et même, depuis Justinien, des cautions[6] ; peut-être la subsistance d'une obligation naturelle (p. 653, n. 5) et enfin le droit d'opposer sans distinction à la créance nouvelle toutes les fins de non-recevoir existânt contre l'ancienne.

§ 3. — Compensation.

La compensation (*compensatio*)[7] est, d'après son nom même, la balance d'une créance par une dette (*debiti et crediti inter se contributio*)[8].

1. Paul, *D.*, 27, 7, *De fid. et nom.*, 8, 1 : *Litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur*. Seulement le droit nouveau est lui-même susceptible de s'éteindre par péremption d'instance depuis la procédure formulaire (Gaius, 4, 104-105).
2. Gaius, 4, 82 et ss.
3. Gaius, 4, 108.
4. D'où la parfaite exactitude de la formule souvent torturée : *Sicut in stipulatione contrahitur... ita judicio contrahi* (Ulpien, *D.*, 15, 1, *De pec.*, 3, 11).
5. *D.*, 22, 1, *De usur.*, 35 (p. 663, n. 5).
6. *D.*, 20, 1, *De priv.*, 13, 4. Justinien, *C.*, 8, 40 (41), *De fidejuss.*, 28. Cf. *D.*, *h. t.*, 29, pour les privilèges.
7. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 30. 39 ; *D.*, 16, 2, *De compensationibus*. On trouvera une bibliographie complète allant jusqu'au milieu de 1895, dans le livre de M. Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, 1895. Ajouter P. Kretschmar, *Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, 1907. Les deux traités étrangers les plus importants sont, à notre avis, ceux de M. Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation*, 2e éd., 1868, et de M. Eisele, *Die Compensation*, 1876. On remarquera, au sujet des explications également importantes données sur plusieurs points de la matière dans le *Labeo* de M. Pernice, qu'elles ont été très remaniées et augmentées dans une 2e édition publiée postérieurement à la rédaction de l'ouvrage de M. Appleton (*Labeo*, 2, 1, pp. 261-309).
8. Modestin, *D.*, *h. t.*, 1 : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*.

Elle suppose un individu qui est créancier d'un autre et qui devient à son tour débiteur de cet autre pour une somme quelconque. Rationnellement cela ne fait pas obstacle à la survivance des deux créances. Mais cependant l'exécution des deux créances donnant lieu à deux paiements distincts est une source de complications inutiles ; elle entraîne aussi une perte pour celui qui paie le premier, si l'autre est insolvable. Il serait plus simple, plus sûr de neutraliser les deux créances jusqu'à concurrence de la plus faible. Les parties sont à même de le faire, si elles sont d'accord (*compensation conventionnelle*). Mais on peut se demander si la compensation ne doit pas être mise au-dessus des résistances arbitraires de l'une des parties, si elle ne doit pas pouvoir être opérée par le juge sur la demande de l'autre (*compensation judiciaire*), ou si même elle ne doit pas se produire par le simple fait de la coexistence des deux créances (*compensation légale*).

Notre droit actuel admet non seulement la compensation conventionnelle et la compensation judiciaire, mais même et surtout, à certaines conditions, la compensation légale. Le droit romain, duquel on a cru tirer ce système et qui en réalité ne l'a jamais connu, en est pourtant l'origine par la manière dont il a progressivement admis la compensation forcée dans des cas de plus en plus larges.

A son début, l'idée de compensation forcée lui était pleinement étrangère. Les parties ont pu d'assez bonne heure recourir à la compensation conventionnelle. Mais, en dehors de là, chaque créance subsistait distinctement et pouvait être exercée contre le débiteur sans que celui-ci pût se dispenser de payer en invoquant sa propre créance. C'est un système qui peut sembler rigoureux pour le débiteur poursuivi, particulièrement au cas d'insolvabilité de l'autre partie. Mais il était commandé par une particularité de la vieille procédure romaine, par ce qu'on appelle le principe de l'unité de question [1]. Pour faciliter la tâche du juge, pour éviter des lenteurs, la loi romaine défend aux plaideurs de poser au juge plus d'une question. Cette règle qui s'impose au demandeur lui-même, s'impose surtout au défendeur : il peut bien soutenir que la dette à raison de laquelle il est poursuivi n'a jamais existé ou bien

1. Le rôle historique de cette idée a été particulièrement exposé par de Ihering, *Esp. du Dr. R.*, 4, pp. 13-131. On en trouve, en ce qui concerne le défendeur, l'expression la plus nette dans le texte connu de Sénèque, *De benef.*, 6, 5, 6, que de Ihering a donné pour épigraphe à ses développements. Quelqu'un a déposé quelque chose chez moi, puis m'a volé. Il a contre moi la créance née du dépôt et j'ai contre lui l'*actio furti* : *Non confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit : et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi... Lex legi non miscetur, utraque sua via it* ; *depositum habet actionem pro priam tam mehercule quam furtum.* C'est ainsi, dit un peu plus haut un personnage de l'ouvrage de Sénèque, écrit sous Néron (Teuffel, *Gesch. d. röm Litt.*, 2, § 288, n. 2), que je vois les choses se passer devant les tribunaux : *Illud enim video in hoc foro fieri.*

qu'elle a été éteinte, mais il ne peut formuler pour se défendre une contre-prétention, former une demande reconventionnelle, invoquer sa propre créance née d'une autre source pour ne pas payer sa dette. Il ne pourrait soumettre au juge ce second point qu'au moyen d'une exception et il n'y a pas d'exception sous les Actions de la loi ; en sorte qu'il n'y peut être question d'autre compensation que de la compensation conventionnelle, volontaire.

Avec l'introduction de la procédure formulaire, le principe de l'unité de question a cessé d'être absolu, par suite de la reconnaissance des exceptions, par suite d'autres causes encore, ainsi de l'admission des actions de bonne foi où le juge se trouve à peu près forcément saisi à la fois des prétentions des deux parties. Mais le droit d'opposer la compensation n'a pas pour cela été admis tout de suite. Il y a eu dans sa reconnaissance trois étapes correspondant à trois périodes que nous étudierons en prenant successivement le droit classique antérieur à Marc-Aurèle, la réforme attribuée à Marc-Aurèle et le droit de Justinien.

I. Droit classique antérieur à Marc-Aurèle. — Dans les premiers siècles de l'Empire, jusqu'à la réforme attribuée à Marc-Aurèle, la compensation est encore en principe seulement conventionnelle, une créance ne dispense pas de payer une dette, un défendeur ne peut faire traîner le procès par une demande reconventionnelle. Mais à ce principe, il y a déjà certaines exceptions, certains tempéraments, les uns généraux, les autres spéciaux.

1. Le premier, le plus général, se rapporte aux actions de bonne foi qui ont pris naissance dans une opération synallagmatique [1]. Le défendeur peut y invoquer la créance née de la même opération que la demande (*ex pari causa*), opposer au vendeur qui agit en paiement du prix sa créance née de la négligence apportée par ce vendeur à la garde de la chose. La possibilité d'une compensation judiciaire résulte là de la nature de l'action qui soumet au juge tout le *negotium*. Elle y est du reste facultative, soit pour le juge qui peut ne pas en tenir compte et laisser subsister la créance du défendeur, soit pour le défendeur qui peut préférer garder sa créance [2].

2. Le banquier (*argentarius*), qui a été en compte courant avec un

1. Gaius, 4, 61-63. Cf. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 30, 1re phrase ; 39. Cf. Appleton, pp. 60-81. Parmi les textes du *D.*, *h. t.*, c'est à cette compensation que se rapportaient sans doute à l'origine les fr. 6 (d'Ulpien, Lenel, 2738) ; 9 et 11 (de Paul, Lenel, 499-500) ; 21 (de Paul, Lenel, 1273 ; cf. Pernice, p. 279, et Appleton, pp. 122-132 ; mais v. en sens contraire, Leonhard, *Mélanges Girard*, 2, pp. 92-101). V. aussi sur son application dans l'Egypte romaine, Brassloff, *Z. S. St.*, 21, 1900, pp. 362-384.

2. V. pour le premier point Gaius, 4, 63 : *Liberum est tamen judici nullam omnino invicem compensationis rationem habere : nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur*, et pour le second, Ulpien, *D.*, 27, 4, *De contr. tut.*, 1, 4.

client et qui agit contre lui en paiement du reliquat par une *condictio certae pecuniae* ou *triticaria*, est astreint par le droit romain à faire lui-même la balance (*ab initio facere compensationem*) et à ne demander dans la formule que le reliquat[1]. A la différence de la précédente, cette compensation est forcée, ne dépend pas de l'arbitraire du juge, s'impose au demandeur. Le défendeur l'invoquera devant le juge en contestant le montant de la réclamation et le demandeur, qui n'aura pas eu soin de la faire, succombera pour le tout comme ayant commis une *plus petitio*[2]. La situation explique d'ailleurs que le banquier doive seulement la faire entre les obligations de choses du même genre[3] et qu'il n'y doive tenir compte que des dettes échues[4].

3. Gaius rapproche de la *compensatio* de l'*argentarius* la *deductio* du *bonorum emptor* visée dans une autre partie de l'édit prétorien et en vertu de laquelle l'adjudicataire des biens d'un failli ou d'un mort qui poursuit les débiteurs n'obtient condamnation contre eux que déduction faite de leurs créances contre la masse[5]. Tandis que la *compensatio* devait être faite par l'*argentarius* dans l'*intentio* de la formule, cette *deductio* était une clause mise dans la *condemnatio* pour prescrire au

1. Gaius, 4, 64 : *Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur : nam is cogitur cum compensatione agere et ea compensatio verbis formulae exprimitur ; adeo quidem ut ab initio compensatione facta minus intendat sibi dare oportere. Ecce enim si sestertium decem milia debeat Titio atque ei viginti debeantur, sic intendit : si paret Titium sibi decem milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet* ; 66-68. Cf. Appleton, pp. 93-155. Une portion notable des textes placés par Justinien à notre titre se rapportaient originairement à cette *compensatio*. Cela résulte avec vraisemblance pour certains : *D., h. t.*, 5 (de Gaius, Lenel, 213) ; 7 (d'Ulpien, Lenel, 813) ; 8 (de Gaius, Lenel, 214) ; 22 (de Scaevola, Lenel, 140 ; cf. Appleton, pp. 152-155), de la place qu'ils occupaient dans les commentaires de l'édit et dans les ouvrages du même type (cf. sur cette place, Lenel, *Z. S. St.*, 4, 1883, pp. 112-116 ; *Edictum*, § 100), pour la plupart de ceux-là et pour d'autres encore : *D.*, *h. t.*, 2 ; 4 ; 15 (Julien, Paul citant Neratius, Javolenus, n. 2), de particularités de fond. C'est aussi à elle que se rapportait, au moins en partie, le texte trouble de Paul, *Sent.*, 2, 5, 3.

2. Gaius, 4, 68. C'est probablement à cela que se rapportaient les solutions données avant le temps de Gaius où il n'y a d'autre compensation entraînant perte du procès que celle de l'*argentarius*, par Neratius cité par Paul, *D.*, *h. t.*, 4 (cf. Pernice, p. 278 ; Appleton, pp. 140-141) et par Javolenus, *D.*, *h. t.*, 15 (cf. Appleton, pp. 142-145). L'*argentarius* poursuivi par son client paraît avoir lui-même une exception pour demander une réduction symétrique (Ulpien, *D.*, 22, 3, *De prob.*, 19, 3 ; cf. Lenel, *Edictum*, § 272, et Appleton, pp. 108-122) et c'est probablement à elle que se rapportait primitivement Julien, *D.*, *h. t.*, 2.

3. Gaius, 4, 66, qui indique même une difficulté accessoire.

4. Gaius, 4, 67. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7, *pr.* (Lenel, 813).

5. Gaius, 4, 65-68. Cf. Appleton, pp. 157-218. La détermination de la place occupée dans les commentaires de l'édit et les ouvrages de même ordre par cette *deductio* (cf. Lenel, *Z. S. St.*, 4, 1883, pp. 118-125 ; *Edictum*, §§ 218 et 222) donne encore quelques textes qui s'y rapportaient primitivement, par exemple, *D.*, *h. t.*, 10 (d'Ulpien, Lenel, 1426), 12 (d'Ulpien, Lenel, 1441). Il en est de même, d'après le plan de l'ouvrage mis à contribution de *D.*, *h. t.*, 14 (de Javolenus, Lenel, 68). M. Appleton y rapporte également p. 187, les fragments, *D.*, *h. t.*, 13 et *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 30.

juge de condamner seulement à la différence. Par conséquent, elle n'entraînait pas de *plus petitio*[1]. En revanche, elle autorisait à tenir compte des créances quelconques, même non échues, du failli ou du défunt[2].

4. Enfin il n'est pas impossible de relever certains cas, probablement aussi anciens, où la doctrine arrive à admettre quelque chose d'analogue à notre compensation légale. Le plus clair est relatif aux impenses dotales. Un mari a reçu en dot un fonds de terre et une somme d'argent. Il est débiteur de la restitution des deux valeurs. Il fait sur le fonds dotal des dépenses nécessaires ; il est créancier de leur restitution ; or des textes nous disent que cette créance diminue de plein droit sa dette (*impensae necessariae minuunt ipso jure dotem*). Cette solution doctrinale et des solutions analogues indiquées en matière de pécule[3] sont intéressantes parce qu'elles nous font voir que les Romains avaient parfaitement aperçu l'idée de compensation légale et que, s'ils ont omis de la généraliser, c'est qu'ils n'en ont pas senti le besoin[4].

II. Réforme attribuée à Marc-Aurèle. — Une réforme beaucoup plus considérable attribuée à Marc-Aurèle donna, d'après les Institutes, l'exception de dol à l'individu qui, poursuivi en paiement d'une dette,

1. Gaius, 4, 68.
2. Gaius, 4, 66. 67.
3. Paul, *D.*, 23, 4, *De pact. dot.*, 5, 2 : *Tales impensae dotem ipso jure minuunt.* Ulpien, *D.*, 25, 1, *De imp.*, 5, 1, dit en conséquence que, si on en rembourse le montant, la dot ne sera pas considérée comme étant toujours restée intacte, mais comme ayant été diminuée, puis augmentée. Cf. de Ihering, *Espr. du dr. rom.*, 4, p. 15 et ss. V. aussi sur la diminution de plein droit du pécule par les dettes envers le maître (*D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 30, *pr.* : *Ipso jure... minutum esse peculium*), le même, p. 70 et s. M. Schulz, *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 57-106, où il ne s'explique pas sur les textes relatifs au pécule, considère comme interpolés tous les textes d'après lesquels les impenses nécessaires faites sur la dot auraient en droit classique un autre effet que de donner un droit de rétention au mari. V. en sens contraire, Riccobono, *Del diritto classico al diritto moderno*, 1917, p. 370, n. 4.
4. On suppose parfois plus ou moins explicitement qu'un autre cas de compensation résulterait dès notre époque de la pratique des *mutuae petitiones* (Marcellus, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 38, *pr.* ; Macer, *D.*, 49, 8, *Quae sent.*, 1, 4), selon laquelle le défendeur qui a contre le demandeur une action peut, lorsqu'il est poursuivi, se faire délivrer lui-même la formule de son action et demander que les deux soient renvoyées au même juge. Mais, dans la procédure ordinaire, ce système n'empêche pas le juge de rendre deux condamnations : le second texte, dans lequel le contemporain d'Alexandre Sévère, Macer, rapporte qu'en pareil cas plusieurs constitutions impériales ont prescrit de différer l'exécution de la sentence rendue la première jusqu'au prononcé de la seconde, en est la preuve décisive, et on ne voit pas pourquoi le juge aurait alors un pouvoir spécial de compensation judiciaire en dehors des cas ordinaires, soit avant, soit après le prononcé des sentences. Cela ne se concevrait que dans la procédure extraordinaire où le magistrat intervient lui-même par voie d'autorité et où la possibilité des *mutuae petitiones* est admise, du reste, en termes un peu timides, par Ulpien (*D.*, 50, 13, *De extr. cogn.*, 1, 15), mais dont le champ d'application ne s'est élargi que peu à peu. Dans la procédure de droit commun, l'effet du système des *mutuae petitiones* en matière de compensation devait être seulement de pousser les parties à la compensation conventionnelle entre les créances liquidées par les deux jugements, tout au plus de permettre au juge de la leur suggérer plus ou moins impérativement avant ces jugements.

prétendait être créancier de celui qui le poursuivait, même en vertu d'une source indépendante (*ex dispari causa*) [1]. La réforme, qui nous est signalée comme ayant été faite pour les actions de droit strict et qu'on considère généralement comme ayant dû logiquement s'étendre de suite aux actions de bonne foi où l'exception de dol est sous-entendue [2], est rattachée d'ordinaire à une idée formulée par les textes selon laquelle c'est un dol de réclamer ce qu'on sera obligé de rendre immédiatement [3]. Elle n'a certainement pas eu pour effet de rendre la compensation légale, d'en faire un mode d'extinction opérant *ipso jure, ipsa vi legis*. La compensation n'opère que judiciairement, à condition d'être opposée par le défendeur. La preuve en est que, si le défendeur ne l'invoque pas, même par erreur, il garde son ancienne créance [4], et que, s'il a plusieurs créances échues contre le demandeur, il peut choisir celle qu'il veut opposer en compensation [5]. Et, à notre avis, il résulte de là que la compensation opposée par l'exception de dol devait avoir toujours pour résultat, une fois le bien fondé de l'exception reconnu par le juge, d'entraîner l'absolution du défendeur. C'est évident, quand la créance opposée en compensation a un montant égal à celui de la créance réclamée. C'est encore vrai au cas où elle est supérieure à la créance réclamée, car le caractère unilatéral de la formule ne permet pas au juge de condamner le demandeur à la différence [6]. C'est également vrai, croyons-nous, quand elle est

1. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 30 : *Sed in strictis judicis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione inducebatur.*

2. V. cependant, en sens contraire, Appleton, pp. 89-91.

3. Paul, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 173, 3 : *Dolo facit qui petit quod redditurus est.* Cf. Pomponius, *D.*, *h. t.*, 3 : *Ideo compensatio necessaria est quod interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.*

4. S'il y avait compensation légale, la dette serait éteinte. Le principe de sa survivance, posé par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7, 1, en matière de compensation de l'*argentarius*, p. 719, n. 1, est maintenu par Justinien, et n'a donc pas été écarté pour la compensation nouvelle. On a, il est vrai, invoqué Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 1, selon lequel celui qui a payé une dette sujette à compensation peut répéter ; mais cela tient à ce qu'on a la répétition de l'indû toutes les fois qu'on a payé par erreur ce qu'on avait une exception perpétuelle pour ne pas payer : cette solution implique si peu une compensation légale diminuant la dette de plein droit qu'elle était originairement donnée pour la *deductio* du *bonorum emptor* (p. 719, n. 5). Il n'y a pas davantage à s'arrêter à l'objection tirée des textes selon lesquels on ne tient pas compte des intérêts produits par les créances entrant en compensation depuis le jour de la coexistence des deux obligations. C'est, dit-on, parce que les deux dettes sont éteintes depuis ce jour. Mais cette solution probablement donnée d'abord par Septime Sévère en matière de société (*D.*, *h. t.*, 11, 12), puis généralisée par des constitutions postérieures (*D.*, 4, 31, *De comp.*, 4. 5 ; *C.*, 8, 42, *De solut.*, 7), est une simple solution d'équité relative au mode de supputation finale des deux dettes.

5. S'il y avait compensation légale, la dette la plus ancienne serait éteinte. La règle de l'option est posée par Gaius, *D.*, *h. t.*, 5, en face de l'*argentarius* et a si peu été effacée par le droit postérieur qu'elle est reproduite par Justinien.

6. Cette solution est commandée par les principes de la procédure formulaire. Le défendeur ne pourrait obtenir une condamnation qu'en intentant lui-même son action qu'il pourrait d'ailleurs faire renvoyer devant le même juge selon le système des *mutuae petitiones* (p. 720, n. 4).

inférieure à la créance réclamée ; car, ici comme ailleurs, l'exception de dol prescrit au juge de condamner seulement si le droit du demandeur existe et s'il ne commet pas de dol en l'exerçant, par conséquent, d'absoudre si son droit existe bien, mais s'il commet un dol en l'exerçant : ce n'est pas l'exception de dol insérée dans la formule qui fera le juge opérer la compensation ; ce sera la menace d'une insertion de cette exception dans la formule qui fera le demandeur opérer lui-même la compensation devant le magistrat sous la forme de réduction de sa prétention [1]. Ce qu'on pourrait plutôt se demander, avec des interprètes récents, c'est si cette exception de dol peut, comme on l'admet d'ordinaire, servir à opposer en compensation dans un procès quelconque toutes les dettes valables et échues [2].

1. Cette solution, qui n'est pas la plus répandue chez nous, mais qui y a déjà été très solidement soutenue par Ortolan, 3, n°s 2180-2197, n'est qu'un des aspects, à la vérité les plus importants, du système que nous croyons vrai sur l'effet des exceptions et en particulier de l'exception de dol sous la procédure formulaire. Nous retrouverons cette question générale en étudiant la procédure. Les divers systèmes relatifs à son application en matière de compensation sont rapportés chez Appleton, pp. 318-418.

2. On ne peut évidemment voir un dol dans l'acte de celui qui réclame le paiement de sa créance, quoiqu'il soit tenu envers son débiteur d'une dette non échue (cf. *D.*, *h. t.*, 7, *pr.*), ni encore moins dans celui du créancier qui veut se faire payer, quoique le défendeur ait contre lui une créance valable *jure civili*, mais paralysée par une exception (cf. *D.*, *h. t.*, 14) ; nous avons déjà signalé, p. 656, n. 3, le caractère exceptionnel du texte qui permet d'opposer l'obligation naturelle en compensation dans une hypothèse spéciale de contrat de bonne foi. C'est pourquoi l'on dit que les obligations opposées en compensation doivent être : 1° exigibles ; 2° valables *jure civili* et *praetorio*. — Mais la question qui a été soulevée simultanément, d'une manière indépendante, par M. Appleton et par M. Pernice, est de savoir si l'on n'a pas exagéré la portée du rescrit de Marc-Aurèle en y voyant une règle générale applicable à ces deux conditions dans tous les procès intentés par une personne contre une autre dont elle est à la fois créancière et débitrice. Or la rareté des textes de notre titre relatifs dans leur destination première à cette compensation invoquée en toute matière *ex dispari causa*, à l'aide de l'exception de dol (il faut enlever, outre ceux déjà cités relatifs à la compensation des actions de bonne foi, p. 718, n. 1, à celle de l'*argentarius*, p. 719, n. 1, et à la *deductio* du *bonorum emptor*, p. 719, n. 5, les fr. 12, d'Ulpien, 17, 19, 20, de Papinien, et 24, de Paul, qui se rapportent à des litiges administratifs ; il ne reste donc guère que la définition de Modestin, fr. 1, les fr. 16 et 18, de Papinien, et le fr. 23, de Paul) ne porte assurément pas à attribuer à la règle une importance pratique considérable au temps des jurisconsultes mis à contribution. M. Appleton, p. 267 et ss., conclut de l'idée qu'il faut un dol du demandeur pour fonder l'exception que le rescrit devait uniquement viser un cas où le demandeur était lui-même tenu d'une dette liquide et certaine du même genre que sa créance, où par exemple il réclamait une somme d'argent, en en devant une autre, et il admet, en partant de là, que les constitutions sur le sursis en matière de *mutuae petitiones* citées par Macer, p. 720, n. 4, ont eu pour but de permettre aux défendeurs ayant d'autres créances de les faire transformer judiciairement en créances d'argent avant l'exercice de l'action *judicati* en exécution du demandeur, de manière à pouvoir alors les invoquer contre elle par l'exception de dol : mais si ce sont là des hypothèses de dol du demandeur, on ne voit pas bien pourquoi ce seraient les seules, pourquoi même en dehors de là le demandeur ne pourrait jamais commettre un dol en intentant une action pour le montant d'une créance, quand le défendeur a contre lui une autre créance, même de choses différentes, même non liquide, ainsi

III. Réformes de Justinien. — Les règles de la compensation avaient déjà été logiquement atteintes par la généralisation de la procédure extraordinaire où le *jus* et le *judicium* étaient confondus dans les mains d'un seul juge qui statuait sur les exceptions sans en tirer le pouvoir d'une formule et qui condamnait à la chose même [1]. Elles ont été soumises à une refonte d'ensemble par Justinien [2]. Justinien décida, dans l'intérêt du demandeur, que la créance opposée en compensation devrait être liquide [3], il enleva en outre le droit d'invoquer la compensation au dépositaire, même irrégulier, et à celui de qui l'on réclame une chose enlevée par violence [4]. En revanche, il déclara positivement, dans une disposition surprenante, qu'elle serait opposable aux actions réelles aussi bien qu'aux actions personnelles [5]. Mais c'est à tort qu'on a longtemps prétendu qu'il aurait reconnu une compensation légale éteignant de plein droit les dettes existant en sens inverse entre deux parties jusqu'à concurrence de la plus faible. La preuve qu'il n'a pas rendu la compensation légale est dans les textes qui établissent l'existence du régime contraire en droit classique et qu'il a reproduits au Digeste [6].

quand cette créance est manifestement d'une valeur égale ou supérieure à celle de la sienne : il faudrait, nous semble-t-il, au moins laisser la question ouverte en fait. M. Pernice, pp. 307-309, suppose que le rescrit de Marc-Aurèle fut rendu en matière de *cognitio extra ordinem*, par exemple de procédure par rescrit, où le fonctionnaire pouvait se demander s'il avait le droit de tenir compte de contre-prétentions non formulées dans le rescrit. Mais, si tel a pu être le début, l'idée qu'on a l'exception de dol pour repousser des prétentions contraires à l'équité, considérée comme la base de la compensation, est, ainsi que le remarque M. Pernice lui-même, formulée par Papinien (*D.*, 44, 4, *De d. m. exc.*, 12, rapproché de *D., h. t.*, 18, *pr.* et *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 36), et c'est, nous semble-t-il, en conséquence, trop restreindre la règle sur le dol qu'il y a à réclamer ce qu'on doit rendre, que de l'entendre seulement des rétentions dotales, au sujet desquelles le jurisconsulte Paul paraît à la vérité l'avoir formulée dans son texte célèbre de *D.* 50, 17, *De R. J.*, 173, 3 (Lenel, 1134).

1. La première réforme paraîtrait avoir dû pousser à l'extension de la compensation et la seconde à sa restriction. Le langage de la constitution de Justinien, n. 2, montre que c'est le premier courant qui avait prévalu.

2. *C.*, 4, 31, *De Comp.*, 14, résumée *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 30.

3. *C., h. t.*, 14, 1.

4. *C.*, *h. t.*, 14, 2. *C.*, 4, 34, *Dep.*, 11.

5. *C.*, *h. t.*, 14, *pr.* : *Nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda*. C'est particulièrement étrange à une époque où la condamnation porte sur la chose même. On a essayé de donner un sens acceptable à la constitution en la restreignant aux prestations pécuniaires dues par le défendeur pour fruits, perte totale ou partielle, etc.

6. La principale difficulté est d'expliquer en quel sens Justinien a dit, au *C.* et aux *Inst.*, que la compensation a lieu *ipso jure* et il a introduit la même formule dans divers textes du *D.* et du *C.* (*D.*, *h. t.*, 4 ; 10, *pr.* ; 21 ; *C.*, *h. t.*, 4). Il y a sur ce point une quantité de systèmes. V. outre l'ouvrage spécial d'Ubbelohde, *Ueber den Satz ipso jure compensatur*, 1858, le relevé d'Appleton, pp. 428-483 (exposé de la doctrine propre de l'auteur, pp. 483-488). Cela signifie peut-être simplement que la compensation pourra désormais être invoquée sans aucune des formes de procédure antérieures, en particulier sans exception de dol, ainsi que le dit une doctrine assez répandue. L'essentiel est de ne pas voir dans cette terminologie la preuve d'une extinction de plein droit, d'ailleurs de moins en moins soutenue.

§ 4. — Remise de dette.

L'abandon volontaire de la créance, consenti par le créancier, peut d'abord se réaliser par les modes formels de libération corrélatifs aux modes de s'obliger *per aes et libram, verbis* et *litteris*. Mais, depuis l'édit *de pactis* (p. 609, n. 1), la simple convention de remise est santionnée par une exception et l'extension du principe de symétrie a conduit à admettre que les obligations formées par le consentement pourraient s'éteindre *jure civili* par un consentement contraire. Nous avons donc à étudier les modes formels de remise de dette, le pacte *de non petendo* et le *contrarius consensus*.

I. Modes formels de remise de dette [1]. — A. *Eléments essentiels*. Les éléments essentiels de l'extinction formelle des obligations consistent naturellement, comme ceux de leur génération formelle, dans une solennité, qui est connue pour le contrat verbal et pour le contrat *per aes et libram*, que l'on peut seulement conjecturer pour le contrat littéral. Pour le contrat littéral, la symétrie s'appliquait sans doute, mais nous ne savons de quelle manière [2]. Pour le *nexum*, l'acte libératoire consiste dans la pesée, fictive à l'époque historique, sans doute réelle anciennement, d'un certain poids de métal remis avec des paroles solennelles par le débiteur au créancier en présence des cinq témoins et du *libripens* [3]. Pour le contrat verbal, les formes parfaitement connues sont en sens inverse celles de la stipulation. Le débiteur interroge le créancier, lui dit : *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum* et le créancier répond : *Habeo* [4].

La rigueur de ces formes a sans doute, avec le temps, subi l'influence de la désuétude du formalisme : on peut le constater pour l'acceptila-

1. Cf. Erman, *Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte*, 1883.
2. Se formant par une inscription faite du consentement du débiteur sur le registre du créancier, l'obligation littérale pourrait sembler devoir s'éteindre par une inscription faite du consentement du créancier sur le registre du débiteur, mais à côté de laquelle d'ailleurs, de même que le débiteur doit porter la dette sur son registre, le créancier devrait porter la libération sur le sien. Et on pourrait même comprendre que cette seconde mention fut l'essentielle. Nous sommes en réalité peu renseignés par suite du silence de Gaius. L'allusion la plus claire est dans une lettre de Pline, 2, 4, 2, où, pour déterminer une fille à accepter la succession de son père dont il a racheté les dettes, il lui dit : *Ad quod ne te verbis magis quam rebus horter, quidquid mihi pater tuus debuit, acceptum tibi fieri jubeo* ou moins probablement *jubebo*. L'incertitude du dernier mot est d'autant plus fâcheuse qu'il a une certaine importance pour les formes de l'acceptilation littérale : *jubeo* s'entendrait bien d'une inscription sur les livres du débiteur, *jubebo* se comprendrait mieux encore d'une inscription sur ceux du créancier. L'acceptilation littérale est encore mentionnée par Papinien, *F. V.*, 329, et par le continuateur de César, *Bell. Alexandrin.*, 56 : *Arcessit omnes qui sibi pecunias expensas tulerant, acceptasque eas jubet referri.*
3. Gaius, 3, 173. 174 (p. 488, n. 1).
4. Gaius, 3, 169. *Inst.*, 3, 29, *Quibus modis*, 1. *D.*, 46, 4. *De acceptilatione*.

tion [1]. Mais il est remarquable que cette désuétude a très peu influé sur les conditions de validité qui résultaient dans nos trois actes de leur caractère de modes formels de libération symétriques aux modes formels corrélatifs de s'obliger. Les conditions de validité peuvent se ramener à quatre principalement attestées pour l'acceptilation, mais probablement vraies en général pour les trois actes :

1° Chaque mode ne peut en principe éteindre que l'obligation née dans les formes correspondantes. En dehors de là, il y a, pour la remise *per aes et libram*, quelques extensions qui viennent de sa haute antiquité, de ce qu'elle a été à l'origine le seul mode de paiement : elle peut servir à éteindre les dettes nées de certains legs, les dettes nées de jugements [2]. La remise littérale a peut-être aussi été étendue aux dettes constituant des *nomina arcaria* : c'est un point douteux [3]. Mais pour le surplus le principe n'a jamais été effacé, particulièrement quant à l'acceptilation verbale à laquelle on l'appliquait si rigoureusement qu'on s'est demandé si elle pouvait éteindre les dettes nées de la *dictio dotis* et du *jusjurandum liberti*, qui étaient bien nées *verbis*, mais non d'une stipulation [4]. Seulement il y avait pour se mettre en règle avec la loi un expédient très simple : c'était de nover l'obligation qu'on voulait éteindre *verbis* [5].

2° Ils ne peuvent, sauf peut-être la remise *per aes et libram*, intervenir qu'entre le débiteur (et ses personnes en puissance) et le créancier. Le créancier, à condition d'être capable de rendre sa condition pire, peut figurer dans l'acceptilation. Le débiteur peut y figurer, à moins d'être fou ou *infans*. Il peut aussi y être remplacé par ses personnes en puissance [6] ; car elles peuvent rendre sa condition meilleure. Mais le créancier ne peut y être remplacé par ses personnes en puissance ; car elles ne peuvent rendre sa condition pire. Et ni le créancier ni le débi-

1. Ainsi, par exemple, tandis que Gaius n'admet encore qu'une formule, celle où figure le verbe *habere*, et ne l'admet que prononcée en latin, Ulpien admet déjà que l'acceptilation peut se faire en grec (*D.*, *h. t.*, 8, 4), peut se faire dans la formule *accepta facis decem ? facio* (*D.*, *h. t.*, 7).

2. Gaius, 3, 173, pour les dettes nées de jugements, 3, 175, pour les dettes nées de certains legs *per damnationem* au sujet desquelles il signale une petite controverse.

3. M. Erman, p. 30, n. 1, croit en trouver la preuve dans les mots du *Bell. Alexandrin.*, 56 (cf. p. 724, n. 2) : *Quibus pecunias imperasset neque contulissent.*

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 3 : *Acceptum fieri non potest nisi quod verbis colligatum est, ac ceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit.* Quant aux obligations verbales qui ne sont pas nées d'une stipulation, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 13, *pr.*, l'admet en termes qui révèlent les incertitudes (*verius est*) pour le *jusjurandum liberti*, mais les textes où l'on a cru trouver des vestiges de l'acceptilation en matière de *dotis dictio* (*D.*, 23, 3, *De J. D.*, 36 ; 38 ; 41, 4), sont peu probants. Cf. Erman, p. 51, n. 2.

5. Gaius, 3, 170 : *Sed id, quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi.*

6. *D.*, 46, 2, *De solut.*, 63 ; 71, 2.

teur ne peuvent y être représentés par des *extraneae personae*. C'est là une gêne pour l'acceptilation verbale, quand une des parties est un *infans*, un fou, quand les parties ne se trouvent pas dans le même lieu ; mais il y a encore un expédient très simple fourni par la novation : si le créancier est à Rome et le débiteur à Éphèse, il suffira d'une novation par changement de créancier, où le débiteur s'engagera sur l'ordre du créancier envers une personne d'Éphèse, ou d'une novation par changement de débiteur, où une personne de Rome s'engagera envers le créancier, pour que les deux parties se trouvent ensuite au même lieu et que l'acceptilation puisse s'opérer entre présents [1].

3° Nos actes sont des *actus legitimi* qui ne comportent ni terme ni condition, qui seront nuls pour le tout si on y a inséré une pareille modalité [2]. Cette exigence était commandée par la force des choses pour la remise *per aes et libram*, au temps où la pesée était réelle. Elle y a été maintenue, quand la pesée est devenue fictive, et elle a peut-être passé d'elle aux deux autres modes. Seulement elle ne s'applique qu'aux modalités expresses et non aux modalités tacites résultant de l'acte même [3].

4° Enfin certains jurisconsultes et probablement la doctrine ancienne admettaient une quatrième règle qui ne peut encore s'expliquer que par l'influence de la *solutio per aes et libram*. L'extinction devait, d'après eux, être totale et non partielle, ainsi que c'était commandé par la formule de la remise *per aes et libram* où le débiteur déclare payer la première livre et la dernière. L'application de cette règle à l'acceptilation est signalée par Gaius comme discutée et a été rejetée par Justinien [4].

B. *Effet*. L'effet de nos trois modes est l'extinction civile de la dette et de tous ses accessoires. Ce sont tous trois des modes civils et formels. Par conséquent, pour tous les trois, l'extinction se produit de plein droit, à l'égard de tous les intéressés, d'une manière définitive. Quant aux personnes, l'acceptilation faite par un créancier, même accessoire, libère le débiteur envers tous [5] ; l'acceptilation faite par le créancier à l'un des débiteurs, même accessoire, les libère tous, même le débiteur principal, ce qui donne encore un moyen d'éteindre par acceptilation sans novation préalable une obligation qui n'est pas née *verbis* : faire acceptilation à la caution verbale de cette dette [6]. Quant à la durée, l'extinction est définitive, irrévocable ; si l'acceptilation a été faite sans

1. *D.*, 46, 4, *De accept.*, 13, 10.
2. *D.*, *h. t.*, 4 ; 5. Acceptilation littérale : *F. V.*, 329.
3. L'acceptilation faite à titre de constitution de dot est affectée de la condition tacite *si nuptiae sequuntur* et sera nulle si le mariage n'a pas lieu (Ulpien, *D.*, 23, 3, *De J. D.*, 43 *pr.*).
4. Gaius, 3, 172 ; Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 1.
5. C'est pourquoi le second chef de la loi Aquilia a réprimé l'acceptilation faite par l'*adstipulator* en fraude du créancier principal (p. 422, n. 5).
6. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 13, 7.

cause le créancier a la *condictio sine causa* ; si elle a été faite sous l'empire du dol, il a l'action *de dolo* ; si les parties regrettent d'avoir éteint leur ancien contrat et veulent qu'il y ait de nouveau une obligation entre elles, elles peuvent faire un nouveau contrat. Mais on ne peut, dans aucun cas, effacer l'acceptilation pour faire renaître l'ancienne obligation avec ses sûretés.

C. *Fonction juridique*. — Nos trois modes ont commencé, avons-nous vu, par avoir non pas seulement la même efficacité que le paiement, mais une efficacité que le paiement n'avait pas, par être indispensables pour éteindre l'obligation née dans les formes correspondantes, qu'il y eût eu ou non paiement. Plus tard le paiement est devenu libératoire et on pourrait croire qu'ils ne servent plus qu'à permettre une remise gratuite, faite à titre de libéralité. Mais ce serait beaucoup trop rétrécir leur domaine. Même en droit classique, même sous Justinien, si l'acceptilation, qualifiée du nom d'*imaginaria solutio*, peut intervenir à titre gratuit, à titre de donation, à titre aussi de constitution de dot, elle peut en outre intervenir, en dehors de toute idée de ce genre, à titre purement onéreux, par exemple en vue d'exécuter une obligation résultant d'un legs de libération, une obligation résultant de ce que la promesse a été faite sans cause, sous l'empire de la *metus*, en fraude des créanciers ; au moins sous Justinien, pour former un contrat innommé ; puis pour ménager de l'extinction de l'obligation une preuve plus simple que celle du paiement (cf. p. 515, n. 7) ; enfin pour réaliser un règlement de compte : une personne va remplacer tous les droits qu'elle a contre une autre par une créance verbale unique dont elle fera immédiatement acceptilation ; c'est pour cette hypothèse qu'Aquilius Gallus a inventé la formule de stipulation novatoire désignée du nom de stipulation aquilienne[1].

II. ***Pactum de non petendo***[2]. — La convention, le simple pacte éteint de plein droit, à l'époque ancienne, les obligations nées de délits, peut-être aussi, a-t-on dit parfois, l'obligation dont est tenu, pendant les soixante jours qui suivent la *manus injectio*, le débiteur détenu chez le créancier. Mais en dehors de la première exception, en dehors à la rigueur de la seconde, qui, si elle était parfaitement sûre, pourrait se ramener à la même idée, la simple convention était, dans l'ancien droit civil, aussi impuissante à éteindre les obligations qu'à les faire naître.

1. La formule de cette stipulation, qui est rapportée en termes légèrement divergents par Florentinus, *D.*, *h. t.*, 18, 1, et par Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 2, n'a sans doute reçu la rédaction définitive sous laquelle elle nous est parvenue que postérieurement à Aquilius Gallus (v. par ex., outre la clause citée p. 348, n. 3, l'allusion aux droits de nature à être exercés *extra ordinem* contenue dans les mots *vel adversus te persecutio est erit* ; cf. aussi Bremer, *Jurisprudentia antehadriana*, 1, 1896, p. 117).

2. Cf. G. Rotondi, *Riforme giustinianee, relative al pactum de non petendo*, Pérouse, 1913.

Le droit prétorien, en donnant au bénéficiaire d'un pacte quelconque une exception, fit au contraire du pacte un second mode de remise prétorien, moins énergique dans son effet, mais aussi infiniment moins rigoureux dans ses conditions que les modes civils.

1. *Conditions de validité.* Le pacte *de non petendo* est une simple convention, exigeant exclusivement pour exister l'accord des volontés ; en sorte qu'il peut se conclure entre absents [1], que l'acte formel de remise, l'acceptilation nulle pour vice de forme pourra être valable comme pacte *de non petendo* [2], que ce pacte pourra même résulter tacitement des circonstances, ainsi de la remise du titre de la dette au débiteur [3] ; en sorte que, d'une manière générale, il ne sera soumis à aucune des conditions indiquées pour les modes formels, qu'il pourra sans difficulté porter sur une portion de la dette, être affecté d'un terme ou d'une condition, être consenti par toute personne ayant capacité ou pouvoir suffisant, par exemple par un esclave sur les créances de son pécule [4], par exemple par un mandataire ou à un mandataire dont la convention fera naître l'exception de dol [5], et plus évidemment encore porter sur une obligation née d'une source quelconque.

2. *Effets.* Le pacte *de non petendo* n'opère qu'*exceptionis ope.* En conséquence, il faudra, pour l'invoquer, faire insérer l'exception dans la formule des actions autres que les actions de bonne foi. En outre, au fond, il n'a pas forcément un effet définitif ni un effet universel. Il n'opère pas nécessairement *erga omnes* [6] : si les parties ont voulu faire ce qu'on appelle, au sens le plus rigoureux, un pacte *de non petendo in personam* [7], il n'opère qu'au profit du contractant, pas même de son héritier ni de sa caution [8] ; si elles ont eu l'intention de faire ce qu'on appelle un pacte *de non petendo in rem*, il profite à tous les tiers dont la libération intéresse le pactisant, mais non aux autres, en principe [9]. D'au-

1. Paul, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 2, *pr.*
2. Ulpien, *D.*, 46, 4, *De accept.*, 19, *pr.*
3. Paul, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 2, 1.
4. Gaius, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 28, 2.
5. C'était déjà l'opinion de Trebatius, nous apprend Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 2.
6. C'est pourquoi, lorsqu'on veut libérer un débiteur sans l'autre, le fidéjusseur sans le débiteur principal, on recourt au pacte *de non petendo* à la place de l'acceptilation.
7. V. sur la distinction des pactes *de non petendo in rem* et *in personam*, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7, 8, qui note, comme il est d'évidence, mais comme on ne se le rappelle pas toujours assez, que la question doit se trancher moins d'après les paroles employées que d'après l'intention des parties.
8. Héritier : Labéon, chez Paul, *D.*, *h. t.*, 25, 1. Fidéjusseur : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 22.
9. Celui d'un débiteur corréal aux autres et pour le tout, s'il existe entre eux une société, mais non au cas contraire : Paul, *D.*, *h. t.*, 21, 5 ; 25, *pr.* ; celui du débiteur principal aux fidéjusseurs : Paul, *D.*, *h. t.*, 21, 5 ; mais non celui d'un fidéjusseur aux autres fidéjusseurs ou au débiteur principal : Paul, *D.*, *h. t.*, 23. Au reste, si les parties le voulaient, elles pourraient faire la remise profiter même aux tiers dont la libération n'intéresse pas le copactisant, ainsi étendre le pacte

tre part, il n'est pas irrévocable ; au cas où il a été consenti sans cause sous l'empire du dol, l'*exceptio pacti* sera paralysée par une réplique de dol ; au cas de changement d'avis, de pacte *de petendo* postérieur, elle le sera par une *replicatio pacti*[1].

III. *Contrarius consensus*[2]. — Le *contrarius consensus*, appelé aussi moins heureusement par les interprètes le *mutuus dissensus*, est un mode d'extinction civil, spécial aux obligations nées *consensu*, que les Romains rattachent au principe de symétrie (p. 697, n. 1) ; mais il n'a pas le même caractère que les modes formels fondés sur ce principe. Il ne peut intervenir que pour éteindre les obligations sans exécution.

1. *Conditions d'existence*. Le *contrarius consensus* est, comme les contrats consensuels, un pacte élevé au rôle d'acte juridique, muni d'effet civil : il exige donc les conditions générales de validité des conventions. Mais, pour avoir son efficacité propre de *contrarius consensus*, il doit avoir des caractères spéciaux : intervenir relativement à un contrat consensuel, dans le but de détruire le contrat tout entier et non pas telle ou telle des obligations qui en naissent, et par conséquent aussi avant qu'aucune des obligations ait été éteinte par exécution (*rebus adhuc integris* ; *re nondum secuta*). Les expédients indiqués par les jurisconsultes pour permettre d'y recourir après l'exécution de l'obligation d'une des parties ne sont que des entorses aux principes provoquées par des besoins pratiques[3].

2. *Effets*. Le *contrarius consensus* intervenu dans les conditions re-

du fidéjusseur au débiteur principal, qui n'aurait pas à la vérité l'*exceptio pacti*, mais qui, comme au cas de pacte du mandataire (p. 728, n. 5), aurait l'exception équivalente de dol (Paul, *D.*, *h. t.*, 25, 2).

1. *Replicatio doli* : *C.*, 8, 35 (36), *De exc.*, 3. *Replicatio pacti* : Gaius, 4, 126 ; *D.*, *h. t.*, 27, 2.

2. *Inst.*, *h. t.*, 4. Cf. Bechmann, *Der Kauf.*, 2, 1, 1885, pp. 469-484.

3. D'après Aristo et Neratius qui rapporte sa doctrine, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 58, on pourrait, même après qu'une des parties s'est exécutée, que le vendeur a livré la chose, éteindre le contrat par un *contrarius consensus* en restituant la prestation accomplie, ainsi, dans notre exemple, en faisant revenir la chose au vendeur et en faisant ensuite le *contrarius consensus*. Mais cette solution n'est pas juridique, car la restitution matérielle de la chose au vendeur ne ressuscite pas une obligation de livrer éteinte par l'exécution. On peut indiquer, pour arriver au même but, deux autres expédients plus réguliers en droit, consistant l'un à éteindre l'obligation de l'autre partie par acceptilation après l'avoir novée, l'autre à procéder à une revente de la chose de l'acheteur au vendeur pour un prix égal où les deux obligations de payer le prix se neutraliseront et où il ne restera que l'obligation de délivrance du second vendeur. Seulement il faut remarquer que, soit dans ces deux cas, soit dans le premier, l'effet n'est pas identique, mais simplement analogue à celui d'un *contrarius consensus* survenu *rebus adhuc integris*. Au cas de *contrarius consensus*, le vendeur n'aurait jamais cessé d'être propriétaire, la chose n'aurait pu être grevée de droits réels du chef de l'acheteur. Si le vendeur recouvre seulement une propriété qui a été dans le patrimoine de l'acheteur, il doit, en bonne doctrine, la reprendre grevée des droits réels, dont elle a été atteinte du chef de ce dernier.

quises anéantit le contrat. Les parties sont remises dans leur état antérieur, les créances et les dettes sont éteintes et par conséquent les sûretés personnelles et réelles qui les garantissaient disparaissent. Seulement les obligations nées de contrats verbaux accessoires faits par les parties (*stipulatio duplae*) subsistent *jure civili* et ne sont éteintes qu'*exceptionis ope* [1].

§ 5. — Terme et condition extinctifs.

Le terme et la condition extinctifs ou résolutoires (*dies ad quem, condicio ad quam*) sont des modes d'extinction des obligations très voisins de la remise de dette et en particulier du *contrarius consensus*. L'obligation y est encore éteinte par un accord des parties ; seulement cet accord se manifeste au moment du contrat au lieu de le faire après coup. Ce mode d'extinction, qui, ainsi compris, ne peut se rencontrer que dans le domaine des contrats [2], peut en revanche fonctionner pour toutes les obligations contractuelles. Mais les deux principales applications en sont relatives à la stipulation de rente viagère, dans le cercle des contrats formels, et à la vente sous condition résolutoire, dans celui des contrats non formels.

I. Contrats formels. Stipulation de rente viagère. — L'extinction par l'arrivée d'un terme ou d'une condition n'est pas plus admise dans l'ancien droit en matière d'obligation qu'en matière de propriété ou de servitudes prédiales (pp. 341. 386). On y considère l'obligation comme devant durer jusqu'à ce qu'elle soit éteinte par un procédé contraire, et en conséquence on tient la condition ou le terme extinctif adjoint à l'acte générateur d'obligation, au contrat verbal, pour non avenu [3]. Ce principe est également appliqué à la stipulation d'un capital faite sous un terme ou une condition résolutoire (*spondesne decem usque ad calendas Julias? spondesne decem nisi navis ex Asia venerit?*) et à celle d'une rente faite sous un terme ou une condition extinctive, ainsi pratiquement surtout à la stipulation d'une rente viagère (*spondesne decem annuos quoad vivam?*) [4]. Dans tous les cas, la promesse est réputée pure et simple.

1. Paul, *D.*, 18, 5, *De resc. vend.*, 3.
2. On pourrait, dans un sens différent, considérer le terme extinctif comme s'appliquant à toutes les obligations qui disparaissent par un certain laps de temps, ainsi par la prescription extinctive du droit récent. Mais l'extinction ne résulte plus alors d'un mode volontaire.
3. Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 44, 1 : *Placet ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum : nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi.* Justinien, *Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, 3 : *Pure facta obligatio perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest.* Cf. pourtant Mitteis, *Z. S. St.*, 22, 1901, pp. 135 et ss. *Römisches Privatrecht*, 1, pp. 192-194.
4. Les deux premiers cas sont prévus par Paul, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 44, 1.2 ; le dernier par le texte bien connu des *Inst.*, 3, 15, *De V. O.*, 3 (où M. Mitteis considère à la vérité le mot *annuos* comme intercalé par maladresse). L'utilité pratique de la stipulation de rente viagère n'a pas besoin d'être expliquée. Quant

Même après l'arrivée du terme ou de la condition, le débiteur continuera à pouvoir être poursuivi en paiement du capital dans la première hypothèse, des arrérages postérieurs comme des arrérages antérieurs dans la seconde.

En particulier, pour la créance de rente viagère, on ne va pas, comme on le fait en matière de legs à raison de l'importance attachée à l'interprétation de la volonté du testateur, chercher, derrière la créance établie par les termes bruts de l'acte, celle que les parties mieux conseillées auraient sans doute créée par l'emploi d'une formule plus adroite. En matière de legs, on suppose que le testateur, qui laisse à quelqu'un une créance de dix *quoad vivet*, a voulu par là faire naître une série de créances, dont chacune est subordonnée à l'existence du légataire à l'échéance et fondera alors une action distincte et certaine en paiement de la dette échue [1]. En matière de contrat verbal, les parties auraient pu faire explicitement la même chose. Au lieu de cela, elles ont fait une stipulation sous un terme extinctif. Il naîtra, dit-on, de cette stipulation, une créance unique, incertaine et perpétuelle (*una, incerta, perpetua*), qui est incertaine, sanctionnée par l'action *ex stipulatu*, parce qu'elle a pour objet non pas les arrérages d'une ou plusieurs années, mais la rente même ; qui pour la même raison est unique, en sorte que le créancier ne pourra agir pour les termes échus sans déduire son droit en justice pour le tout et qui, le terme extinctif n'étant pas admis, sera perpétuelle, en sorte que les arrérages seront dus après la mort du bénéficiaire comme avant [2].

Seulement, en matière d'obligations comme en matière de propriété et de servitudes les conséquences du droit civil ont été corrigées par le préteur. Le préteur donne une exception toutes les fois qu'une action fondée par le droit civil existe à l'encontre de la convention licite des parties. Le débiteur aura, après l'arrivée du terme ou de la condition, une exception (*exceptio pacti, exceptio doli mali*) pour ne plus exécuter l'obligation qui survit toujours en droit, mais dont les parties ont voulu que l'exécution pût être demandée seulement jusqu'alors [3]. Et on peut remarquer, en matière de rente viagère, qu'en même temps que le débiteur sera protégé par là contre le paiement des arrérages échus après le décès du créancier, un autre remède prétorien (*praescriptio*

aux deux autres stipulations, elles peuvent intervenir lorsqu'une personne, comptant sur des rentrées d'argent pour une certaine date ou pour le cas dans lequel un certain événement viendrait à se réaliser, se fait consentir une ouverture de crédit pour jusqu'à cette date ou pour jusqu'à l'arrivée de cet événement.

1. Sabinus cité par Paul, *D.*, 33, 1, *De ann. leg.*, 4. Cf. Pomponius, n. 2.

2. Pomponius, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 16, 1 : *Stipulatio hujusmodi in annos singulos una est et incerta et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur.*

3. V. les textes cités, p. 730, n. 4.

pro actore) permettra au créancier d'agir en paiement des arrérages échus, sans déduire en justice sa créance des arrérages futurs [1].

II. Contrats non formels. Vente sous condition résolutoire. — La convention selon laquelle la créance née d'un contrat cessait de pouvoir être invoquée à partir d'une certaine date ou quand un certain événement se réalisait, sanctionnée en matière d'obligations nées de contrats formels par une exception, avait naturellement une efficacité au moins égale en matière d'obligations nées de contrats non formels. On ne pouvait plus, après l'arrivée du terme ou de la condition, demander la restitution du *mutuum*, où l'emprunteur avait l'*exceptio pacti* pour ne pas rendre, s'il ne se trouvait même pas libéré de plein droit par le jeu des règles de la donation sous condition suspensive ; on ne pouvait plus davantage agir en exécution des contrats de bonne foi, où l'*exceptio pacti* était sous-entendue, où l'obligation se trouvait même éteinte de plein droit, soit d'après les règles sur les pactes adjoints *in continenti ad minuendam obligationem*, soit, en matière de contrats consensuels, d'après celles du *contrarius consensus*.

Les principes de la convention de remise suffisent à expliquer qu'après l'arrivée du terme ou de la condition on ne puisse plus exiger l'exécution encore due d'un contrat, que même, comme cela arrive pour le mandat, la société, le louage affectés d'une modalité extinctive, on ne puisse plus après ces événements exiger pour l'avenir la continuation d'exercice d'un contrat déjà en cours d'exécution avant eux. Mais ces principes ne suffisent plus dans une hypothèse qui pourrait se concevoir même en matière de contrat formel unilatéral, qui se présente pratiquement surtout dans la matière du contrat consensuel de vente, dans l'hypothèse où, d'après l'intention des parties, l'événement du terme ou de la condition ne doit pas seulement empêcher l'exécution du contrat conclu, mais permettre de revenir sur cette exécution, faire remettre les choses dans l'état où elles étaient auparavant, dans l'hypothèse de la vente sous condition résolutoire (*venditio pura quae sub condicione resolvitur*) [2] dont nous allons préciser rapidement les cas et les effets [3].

1. *Cas*. Les principales conventions en vertu desquelles le contrat

1. Gaius, 4, 131.

2. Dans la notion des textes, où il n'y a qu'une véritable condition, la condition suspensive, la vente que nous désignons aujourd'hui du nom de vente sous condition résolutoire n'est pas une vente conditionnelle, c'est une vente pure et simple dont la résolution a été subordonnée à une condition suspensive, pour laquelle il a été convenu qu'elle se résoudrait si une condition se réalisait. Cf. Paul, *D.*, 41, 4, *Pro emptore*, 2, 3 : *Sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio* ; Ulpien, *D.*, 18, 2, *De in diem add.*, 2 : *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. D.*, 18, 3, *De leg. comm.*, 1. Cf. sur les divers systèmes, Windscheid, 1, § 86, n. 6.

3. Cf. Bechmann, *Der Kauf*, 2, 1, 1884, pp. 487-555. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1, pp. 178-190.

de vente peut être affecté d'une condition résolutoire sont : 1° la *lex commissoria*, par laquelle le vendeur se réserve le droit de résilier la vente si le prix ne lui est pas payé [1] ; 2° l'*addictio in diem*, par laquelle il se réserve le droit de résilier s'il trouve dans un certain délai de meilleures conditions d'un autre acheteur [2] ; 3° le *pactum de retrovendendo*, par lequel il se réserve le droit de résilier s'il peut restituer le prix à l'acheteur [3] ; 4° enfin le *pactum displicentiae*, par lequel c'est l'acheteur qui se réserve le droit de résilier si la chose cesse de lui plaire avant un certain temps [4].

2. *Effets*. La plupart de ces conventions pourraient être adjointes à la vente sous forme de condition suspensive et ont commencé par être entendues de cette manière. Mais elles ont toutes fini par fonctionner, soit absolument, soit au gré des parties, comme conditions résolutoires [5].

1. *D.*, 18, 3, *De lege commissoria*. Cette clause par laquelle on convient que le vendeur pourra se dégager de la vente si le prix ne lui est pas payé au temps convenable, n'est pas, à notre sens, destinée, comme pourraient le faire croire les habitudes modernes, à empêcher le vendeur de perdre la chose et le prix, à lui donner une sûreté pour le cas où il ne serait pas payé. Le vendeur est déjà protégé sous ce rapport par la règle selon laquelle, à moins de renonciation de sa part, la propriété n'est transférée par la mancipation ou la tradition faite en vertu d'une vente qu'à partir du paiement du prix (pp. 295. 302) ; la *lex commissoria*, qui, comme a démontré M. Bechmann, n'implique aucunement de sa part renonciation à ce bénéfice, lui permet de ne pas rester indéfiniment dans les liens du contrat, de recouvrer faute de paiement sa liberté d'action.

2. *D.*, 18, 2, *De in diem addictione*. Cf. De Senarclens, *Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne*, 1896, pp. 243-296. Senn, *N. R. H.*, 37, 1913, pp. 275-310. Cette clause, dont le nom même rappelle l'*addictio* de la vente aux enchères (p. 468, n. 1), fournissait au vendeur un moyen d'espacer les enchères en vendant actuellement à une personne, mais en se réservant de vendre à une autre s'il trouvait dans un certain délai des conditions meilleures non acceptées par la première.

3. Proculus, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 12. Alexandre Sévère, *C.*, 4, 54, *De pactis inter empt. et vend.*, 2. De ce *pactum de retrovendendo* et du pacte inverse de *retroemendo*, on peut rapprocher la convention de *προτιμήσις*, par laquelle le vendeur se réserve un droit de préemption pour le cas de vente future par l'acheteur (Paul, *D.*, 19, 1, *De A. E. V.*, 21, 5. Hermogénien, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 75). Mais on ne confondra naturellement pas ce droit de retrait établi par une convention avec le droit de retrait légal qui a été reconnu sous le même nom à certaines époques par le droit impérial aux parents et aux voisins et qui procède d'une idée de copropriété. Cf. H. Monnier, *N. R. H.*, 1892, pp. 654. 655 ; Viollet, *Hist. du dr. français*, pp. 605-606.

4. Paul, *D.*, 18, 5, *De resc. vend.*, 8 ; Ulpien, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 20. 1. Cf. sur la vente à l'essai les renvois faits, p. 482, n. 3.

5. V. par exemple, au sujet de la *lex commissoria* et de l'*addictio in diem*, Paul, *D.*, 41, 4, *Pro emptore*, 2, 3. 4, d'après lequel Sabinus considérait la *lex commissoria* comme entraînant les effets d'une vente conditionnelle et Julien fit prévaloir, en face d'une doctrine opposée, probablement également soutenue par Sabinus, la conception de l'*addictio in diem* comme une condition résolutoire. En droit récent, l'*addictio in diem* joue, selon l'intention des parties, le rôle de condition suspensive ou de condition résolutoire (Ulpien, *D.*, 18, 2, *De in diem add.*, 2, *pr.*) et la *lex commissoria* est présumée, sauf expression contraire de volonté, jouer celui de condition résolutoire (Ulpien, *D.*, 18, 3, *De leg. comm.*, 1, *pr.*). La vente à l'essai peut aussi, au gré des parties, être faite soit sous une condition suspen-

Et alors se pose la question de leur effet, sinon pour le cas où la résolution intervient avant toute exécution et où les principes du *contrarius consensus* suffisent, au moins pour celui beaucoup plus pratique où la vente a été exécutée, où le vendeur a déjà livré par exemple et où tous les effets de la vente pure et simple ont été produits [1]. Les règles du *contrarius consensus*, du pacte de remise pourraient donner à ce vendeur le droit de ne pas exécuter. Elles ne peuvent, ni lui faire revenir la propriété de la chose vendue en lui donnant ce qu'on appelle aujourd'hui une action résolutoire réelle, ni même faire naître à son profit une créance de retranslation de cette chose en lui donnant ce qu'on appelle une action résolutoire personnelle. Il s'agit de savoir si l'on est arrivé par d'autres voies à lui procurer soit l'une d'elles, soit toutes deux.

a) Dès la période classique, on était arrivé à reconnaître au profit des parties de la vente résolue, une action résolutoire personnelle qui, dans un cas, celui de vente à l'essai de la compétence des édiles, était une action édilicienne [2], qui, dans les autres, était, suivant une opinion, l'action du contrat sanctionnant tous les pactes adjoints *in continenti*, même ceux ayant pour objet de le résoudre, d'après une autre doctrine, une action *in factum* [3]. Un texte du Code représente Alexandre

sive, soit sous une condition résolutoire qu'on dit parfois être déjà reconnue là par Sabinus (*D.*, 18, 5, *De resc. vend.*, 6).

1. C'est une conséquence de l'idée que la vente est pure et simple (p. 732, n. 2). A la différence de l'acheteur sous condition suspensive, qui ne devient pas propriétaire, qui ne peut usucaper et qui n'a pas les risques, l'acheteur sous condition résolutoire, étant un acheteur pur et simple, devient propriétaire, s'il reçoit la chose *a domino*, dans les conditions nécessaires pour transférer la propriété, usucape, s'il la reçoit *a non domino*, et supporte les risques. V. à ce sujet l'opposition faite par Ulpien, *D.*, 18, 2, *De in diem add.*, 2, 1 ; 4, *pr.*

2. Papinien, *F. V.*, 14 : *Judicium ab aedilibus in factum de reciperando pretio mancipii redditur, quia displicuisse proponitur*. Ulpien, *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, 31, 22. 23. Cf. Lenel, *Edictum*, § 297, nº 7. Cette action semble bien être une variante de l'action rédhibitoire donnée par les édiles à l'acheteur pour faire résoudre la vente soit en vertu de la révélation des vices, soit en dehors de là en vertu du simple déplaisir de l'acheteur. Cf. cependant Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 185, n. 3. C'est une autre question de savoir dans quelle mesure les règles de cette action édilicienne ont passé à l'action qui est donnée en dehors de la compétence des édiles à raison du *pactum displicentiae* et qui en est distinguée expressément. *F. V.*, 14.

3. La dissidence est par exemple indiquée par Paul, *D.*, 18, 5, *De resc. vend.*, 6. L'action du contrat paraît déjà donnée en matière de *pactum displicentiae* par Sabinus (p. 733, n. 5), elle l'est aussi en matière de *lex commissoria* par Pomponius, *D.*, 18, 1, *De C. E.*, 6, 1, et en matière d'*addictio in diem* par Julien, *D.*, 18, 2, *De in diem add.*, 4, 4, et Ulpien rapporte en matière de *lex commissoria*, *D.*, 18, 3, *De l. comm.*, 4, *pr.*, que cette doctrine a été sanctionnée par des rescrits de Sévère et Caracalla. En revanche la doctrine donnant une action *in factum*, une action *proxima empti in factum*, signalée par Paul, *D.*, 18, 5, *De resc. vend.*, 6, est appliquée en matière de *pactum de retrovendendo* par Proculus, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 12. Les interprètes admettent souvent que les textes qui parlent là d'action *in factum* se rapporteraient à l'action *civilis in factum* des contrats innommés et qu'il y aurait eu une controverse entre Sabiniens et Proculiens sur le point de savoir si la convention de résolution pouvait être sanctionnée par

Sévère comme ayant donné le choix entre l'action du contrat et l'action *praescriptis verbis*[1].

b) C'est une question célèbre de savoir si, à côté de cette action personnelle en retranslation de propriété, le vendeur ne pourrait pas avoir une action réelle où il soutiendrait que la propriété lui serait revenue par l'événement même de la condition et qui aurait, quoiqu'on l'oublie souvent, certaines infériorités sur l'action personnelle, où par exemple le défendeur ne serait tenu que s'il possédait ou avait cessé de posséder par dol, au lieu d'être responsable comme débiteur contractuel de sa faute légère, positive ou négative, mais qui présenterait des avantages bien plus considérables, qui lui permettrait de reprendre sa chose en toutes mains, sans tenir compte des aliénations ni des constitutions de droits réels consenties par l'acquéreur ; qui lui permettrait aussi de la reprendre dans les mains d'un acquéreur insolvable sans avoir à subir le concours de ses créanciers. On se demande ici, comme on le fait aussi, verrons-nous, en matière de donations avec charges et de donations à cause de mort, si la propriété revient de plein droit à l'aliénateur après l'événement de la condition.

Les textes semblent à ce sujet dans une concordance médiocre et on a proposé pour en rendre compte un assez grand nombre de systèmes. Anciennement on partait plus ou moins implicitement de l'idée qu'une solution commune devait être admise pour toutes les aliénations sous condition résolutoire, à titre gratuit ou onéreux, et il y avait en conséquence trois systèmes principaux ; un système peu répandu qui niait que la propriété eût jamais pu revenir à l'aliénateur par l'effet de la condition, un système inverse qui, au moins pour les aliénations faites par tradition, l'admettait déjà en droit classique[2] et un système qui fai-

l'action du contrat ou constituait un contrat innommé distinct sanctionné par l'action *praescriptis verbis*. Cf. Accarias, 2, p. 313. Mais ni l'un ni l'autre des deux points ne nous paraît établi.

1. *C.*, 4, 54, *De pactis int. empt. et vend.*, 2 : *Actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur*. C'est, dit-on dans le système indiqué, p. 734, n. 3, le droit reconnu aux parties de choisir entre l'action *praescriptis verbis* donnée par les Proculiens et l'action du contrat donnée par les Sabiniens. Mais nous serions plus porté à croire qu'Alexandre Sévère donnait encore seulement ici l'action *venditi* comme Septime Sévère et Caracalla dans les rescrits cités par Ulpien et que c'est Justinien qui, en ce cas comme en bien d'autres, a mis l'action *praescriptis verbis* de sa terminologie à la place de l'action prétorienne *in factum* qu'il voyait dans les textes de Proculus et de Paul être donnée par quelques-uns.

2. Cette doctrine qui a été longtemps la plus répandue en Allemagne (v. Vangerow, 1, § 96 ; cf. Windscheid, 1, § 90, n. 1. 4) est assise en matière de tradition sur un raisonnement juridique très simple. La tradition ne transfère la propriété qu'en vertu d'une juste cause ; or, au cas de *venditio pura quae sub condicione resolvitur* (comme au cas de donation sous condition résolutoire), la juste cause existe bien tant que la condition ne s'est pas réalisée ; mais elle disparaît à l'événement de la condition. Quant au point de savoir si cette conception était bien la conception romaine, on indique, pour le démontrer, en dehors de

sait une distinction historique, qui admettait bien cette solution pour le droit de Justinien, mais qui la repoussait pour l'époque classique où il disait qu'elle avait seulement été soutenue sans succès par Marcellus et Ulpien [1]. On tend plutôt aujourd'hui à reconnaître que la question doit être étudiée distributivement, non seulement pour la vente et pour la donation, mais pour les diverses clauses résolutoires adjointes à la vente, et, en partant de là, plusieurs auteurs ont fait des distinctions entre ces clauses en reconnaissant l'effet réel pour certaines, telles que l'*addictio in diem*, et en le contestant pour d'autres, telles que le *pactum displicentiae*, le *pactum de retrovendendo* et même la *lex commissoria* [2].

textes sur la donation que nous retrouverons, un assez grand nombre de fragments de jurisconsultes relatifs à la vente sous condition résolutoire : en matière d'*addictio in diem*, des textes de Marcellus et d'Ulpien décidant que les hypothèques consenties par l'acquéreur seront éteintes par l'événement de la condition (*D.*, 18, 2, *De in diem add.*, 4, 3. *D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 3), un texte d'Ulpien donnant l'action réelle à l'acheteur avant l'événement de la condition et au vendeur après (*D.*, 6, 1, *De R. V.*, 41, *pr.*), un texte de Paul disant que, pour se faire en pareil cas constituer une servitude d'une manière sûre, il faudra se la faire consentir à la fois par l'acheteur et le vendeur (*D.*, 39, 3, *De Aqua*, 9) ; en matière de *lex commissoria*, des textes de Scaevola (*D.*, 18, 3, *De l. comm.*, 8) et d'Alexandre Sévère (*C.*, 4, 54, *De pact. int. empt. et vend.*, 4) parlant de la *vindicatio* du vendeur.

1. Ce système, qui a surtout été répandu en France (Pellat, *Propriété*, 2e éd., 1850, pp. 274-285 ; Bufnoir, *Condition*, 1866, pp. 136-177, etc.), écarte naturellement tous les textes de Marcellus et d'Ulpien en y voyant l'expression de leur doctrine propre. Il remarque, pour celui de Scaevola, que c'est un consultant et non le jurisconsulte qui parle. Il neutralise ceux de Paul et d'Alexandre Sévère en leur opposant d'autres décisions du jurisconsulte et de l'empereur, repoussant nettement l'effet réel, le premier en matière de donation à cause de mort (*D.* 39, 6, *De m. c. d.*, 39) et le second dans la matière même de la *lex commissoria* (*C.*, 4, 54, *De pact.*, 3). Enfin, partant de l'idée qu'une règle uniforme doit être admise pour toutes les aliénations sous condition résolutoire aussi bien en droit classique que sous Justinien, il appuie surtout sa distinction historique sur l'interpolation avérée faite dans ce sens, pour divers textes relatifs aux donations, en particulier sur le rapprochement déjà cité p. 341, n. 2, des deux versions données *F. V.*, 283, et *C.*, 8, 54 (55), *De don. quae sub. mod.*, 2, d'une même constitution de Dioclétien.

2. On est assez facilement conduit, en examinant distributivement les textes, à écarter l'effet réel pour le *pactum displicentiae*, où il est contredit par le témoignage formel d'Ulpien, *D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 3, et pour le *pactum de retrovendendo*, où il n'est indiqué par aucun texte (cf. Bechmann, p. 534, n. 1). Le problème se limite à la *lex commissoria* et à l'*addictio in diem*. M. Mitteis estime l'effet réel certain pour toutes deux depuis Julien ; mais il se borne à l'anéantissement d'une possession *ad usucapionem*, protégée par l'action Publicienne qu'aurait alors l'acquéreur en face de la propriété conservée par l'aliénateur et qui ne nous paraît pas établie par les textes invoqués (Paul, *D.*, 41, 4, *Pro emptore*, 2, 3-4 ; Ulpien, *D.*, 18, 2, *De in diem add.*, 2 ; Hermogénien, *D.*, 35, 2, *Ad l. Falc.*, 38, 2) : il reconnaît que l'événement de la condition ne pourrait retransférer une propriété perdue. Dernburg-Sokolowski, § 352, nos 5 et 6, admet au contraire le retour de la propriété aux deux cas de *lex commissoria* et d'*addictio in diem*. M. Bechmann le fait au cas d'*addictio in diem*. Mais il écarte les textes relatifs à la *lex commissoria* par une observation simple et décisive. Si le vendeur a l'action en revendication, faute de paiement du prix fixé, dans les exemples donnés par Scaevola et Alexandre Sévère (p. 735, n. 2), ce n'est pas que la propriété

A notre sens, l'examen concret des textes relatifs aux diverses clauses établit qu'aucune d'elles n'entraînait en droit classique le retour de la propriété dans l'opinion d'aucun jurisconsulte. [1] Mais, en revanche, la manière dont ces textes et ceux relatifs à la donation ont été traités dans les compilations de Justinien paraît impliquer de sa part une volonté d'ensemble de donner en règle générale à la condition un effet réel [2] et même, peut-on dire là, un effet rétroactif [3].

SECTION II. — Modes non volontaires.

Les obligations s'éteignent, en dehors de la volonté des parties et notamment de celle du créancier, principalement [4] par la perte de la chose ou

lui revienne, c'est qu'elle ne l'a jamais quitté, c'est parce que la propriété n'est pas transférée par la mancipation ni par la tradition quand le prix n'a pas été payé et que le vendeur n'a pas suivi la foi de l'acheteur. La preuve en est dans l'autre constitution d'Alexandre Sévère citée, n. 1, où il dit positivement que le vendeur n'a pas la revendication, mais seulement l'action *ex vendito*, s'il a abandonné cette sûreté, s'il a suivi la foi de l'acheteur ou, dirons-nous, s'il a fait *in jure cessio*. V. contre les doutes de Mitteis, W. Stintzing, *K. V. I.*, 12, 1909, pp. 366-367.

1. Il suffit de renvoyer à la note précédente pour la *lex commissoria*, le *pactum de retrovendendo* et le *pactum displicentiae*. Mais la solution nous paraît devoir être la même pour l'*addictio in diem*, en dépit des textes de Marcellus, Ulpien et Paul, qui ont paru décisifs à M. Bechmann. Ici encore le droit de l'aliénateur tient, croyons-nous, à ce qu'il est resté propriétaire. Cela viendra dans l'immense majorité des cas, comme l'ont montré MM. Schulin et Appleton, du défaut de paiement du prix. Mais, dans les cas dont on ne peut guère contester l'existence, où, malgré l'*in diem addictio*, le prix aura été payé *pendente condicione* (v. notamment les textes cités par M. de Senarclens, p. 281, selon lesquels l'acheteur ne peut avoir l'*in bonis* avant d'avoir payé le prix : *D.*, 40, 12, *De lib. caus.*, 38, 2 ; *D.*, 44, 4, *De exc. d. m.*, 4, 32), cela pourra venir de ce qu'il a fait seulement tradition d'une chose *mancipi*, comme le supposent les textes d'Ulpien et de Marcellus, où il est question de tradition et de *fundus* ; cette tradition peut donner une action réelle à l'acheteur rendu propriétaire, lui permettre d'hypothéquer, mais elle n'empêche pas le vendeur de garder sa revendication qui serait paralysée par une exception, s'il l'intentait avant l'événement de la condition, mais qui ne le sera plus, s'il l'intente après.

2. Cela nous semble résulter, sauf une réserve pour le *pactum displicentiae* (cf. p. 736, n. 2), de la façon dont Justinien a, non seulement interpolé les textes relatifs aux donations, mais généralisé ceux relatifs à l'*in diem addictio* et peut-être à la *lex commissoria*.

3. L'effet rétroactif est superflu pour expliquer l'anéantissement des aliénations et des constitutions de droits réels faites pendant que la condition est en suspens. Le propriétaire sous condition résolutoire ne peut donner que des droits soumis à la même condition que le sien. Au contraire il paraît nécessaire pour expliquer que l'aliénateur puisse, comme le veut Paul, *D.*, 39, 3, *De aqua*, 9, constituer des servitudes sur la chose dont il était bien propriétaire en droit classique à raison de la distinction de la propriété civile et de la propriété prétorienne (n. 1), mais dont il ne l'est plus dans le droit de Justinien où les deux propriétés sont confondues et où l'acheteur a l'action réelle d'après *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 41, *pr.* La question est au reste très discutée.

4. On pourrait encore relever quelques autres modes d'extinction opérant en

plus largement par la survenance d'une impossibilité d'exécution tenant à l'objet de l'obligation ; puis par la confusion,qui est la survenance d'une impossibilité d'exécution tenant aux sujets de l'obligation, celle résultant de la réunion sur une même tête des qualités de créancier et de débiteur ; ensuite, pour les obligations qui s'éteignent par la mort ou la *capitis deminutio* de l'une des parties, par la mort ou la *capitis deminutio* de cette partie ; enfin par l'expiration d'un certain laps de temps, par une prescription libératoire, pour quelques obligations seulement dans le droit ancien et même dans le droit classique, pour toutes dans le droit plus récent.

Nous avons déjà dit comment l'obligation est éteinte par la perte de la chose, à moins d'être perpétuée par la faute ou la demeure du débiteur (p. 660 et ss.). Quelques mots suffiront au sujet de la confusion, de la mort et de la *capitis deminutio*, et enfin de la prescription libératoire.

§ 1. — Confusion.

La confusion est la réunion produite ordinairement par une succession de qualités incompatibles sur une même tête. Elle éteint, avons-nous vu, les servitudes réelles ou personnelles, quand elle réunit sur la même tête les qualités de propriétaire et d'usufruitier, de propriétaire du fonds servant et de propriétaire du fond dominant (p. 384, n. 5). Elle éteint pareillement les obligations quand elle réunit sur la même tête les qualités de créancier et de débiteur. Il y a, disent les jurisconsultes, une sorte de paiement que le débiteur devenu créancier ou le créancier devenu débiteur est réputé s'être fait à lui-même [1] et on trouve des solutions concrètes qui s'accordent avec cette idée [2]. Mais, dans le fond, il y a plutôt un obstacle à l'exécution qu'une véritable satisfaction et cette différence se traduit dans les faits par des conséquences pratiques, soit au cas de pluralité de parties où l'obligation neutralisée à l'égard d'un de ses sujets passifs peut parfois subsister au regard des autres,

dehors de la volonté des parties, par exemple celui que les modernes appellent le concours de deux causes lucratives (*concursus duarum causarum lucrativarum*). En vertu de ce mode, la personne qui, étant créancière d'une chose à titre gratuit, par exemple en vertu d'un legs, en acquiert la propriété à un autre titre gratuit, par exemple par une donation, est dépouillée par là même du droit d'exercer sa créance : au contraire elle pourrait toujours agir en paiement de l'estimation, si l'une des deux causes seulement était lucrative, si l'acquisition avait eu lieu à titre onéreux ou si la créance elle-même était née à titre onéreux. Julien, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 17. Justinien, *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 6 ; bibliographie chez Dernburg-Sokolowski, § 325, n. 10.

1. Papinien, *D.*, 46, 1, *De fidejussoribus*, 50. Cf. *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 71, *pr.* *D.*, 34, 3, *De liberal. leg.*, 21, 1.

2. V. par exemple Paul, *D.*, 21, 2, *De evict.*, 41, 2. Cf. Windscheid, 2, § 352, n. 4.

soit au cas où l'obstacle disparaît et où la créance reprend son ancienne énergie [1].

§ 2. — **Mort.** ***Capitis deminutio.***

Ainsi que l'on sait déjà (p. 198 et ss.), la *capitis deminutio* qui n'éteint qu'exceptionnellement les droits de créance, éteint, d'après le droit civil pur, les dettes du *capite minutus* autres que celles nées de délits, en particulier ses dettes contractuelles, et il a fallu l'intervention du préteur pour amener celui qui prend l'actif à répondre du passif non point intégralement, mais jusqu'à concurrence de cet actif.

Au contraire, suivant un régime qui n'a peut-être pas toujours existé, mais que les textes nous représentent comme déjà connu des XII Tables [2], les obligations ne s'éteignent en principe ni par la mort du créancier, ni par celle du débiteur. Les créances qui ne passent pas aux héritiers, — comme peut-être anciennement toutes les actions nées de délits, comme à toute époque l'action d'injures, comme aussi la créance de l'*adstipulator*, comme jusqu'à Justinien la créance de la femme en restitution de sa dot — et les dettes qui ne passent pas contre les héritiers, — parmi lesquelles les plus importantes sont les dettes nées de délits, mais on peut encore citer l'engagement de certaines cautions verbales des *sponsores* et des *fidepromissores*, — sont des exceptions [3]. On se rappellera, d'ailleurs, tant pour les créances que pour les dettes, qu'elles de-

1. La dette éteinte par la confusion résultant d'une acquisition d'hérédité renaît si l'acquisition d'hérédité est anéantie (testament cassé à la suite d'une *querela inofficiosi testamenti* : *D.*, 5, 2, *De inoff. test.*, 21, 2 ; v. aussi *D.*, 29, 2, *De adq. her.*, 87, 1). — Quant à la pluralité des sujets, en laissant de côté le cas plus difficile et moins pratique de pluralité de créanciers, la confusion entre le créancier et l'un des débiteurs a le plus souvent des effets très distincts de ceux du paiement : ainsi quand le créancier ayant deux débiteurs principaux hérite de l'un d'eux, il garde son action contre l'autre (sauf à en déduire une partie, s'il existait entre les deux débiteurs un arrangement mettant en commun entre eux la charge finale de la dette : codébiteurs *socii*) et quand le créancier, ayant un débiteur principal et un débiteur accessoire, hérite du débiteur accessoire, il garde sa créance contre le débiteur principal : *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 71, *pr.* S'il y avait eu paiement par l'un des débiteurs principaux ou par le débiteur accessoire, la créance serait éteinte et il pourrait seulement être question, selon les cas, d'un recours par une action distincte. — On s'écarte encore plus du paiement et même des véritables modes d'extinction, quand la confusion se produit entre plusieurs codébiteurs. Si les dettes sont de force inégale, la plus faible est absorbée par la plus forte (ordinairement, au cas de cautionnement, celle de la caution par celle du débiteur principal : exceptionnellement, celle du débiteur principal par celle de la caution, quand celle-ci est la plus forte, quand l'obligation principale est une obligation naturelle : Papinien, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 95, 3) ; sinon elles subsistent toutes deux (Africain, *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 21, 1). Cf. pour les détails Accarias, 2, n° 712.

2. XII Tables, 5, 9 (*Textes*, p. 15).

3. Nous retrouverons la créance de restitution de dot. V. pour les créances nées de délits, l'action d'injures et les autres actions *vindictam spirantes*, p. 403, n. 3 ; pour l'action de l'*adstipulator*, p. 761, n. 4 ; pour les dettes nées de délits, p. 404, n. 1 ; pour celle des *sponsores* et des *fidepromissores*, p. 764, n. 1.

viennent transmissibles par la déduction du droit en justice (p. 716, n. 1).

§ 3. — Prescription libératoire.

La même notion primitive, qui excluait dans les contrats le terme conventionnel extinctif (p. 730), excluait l'extinction légale des obligations par le laps de temps. Les obligations de l'ancien droit sont perpétuelles. Si l'action *auctoritatis* s'éteint par un délai d'un ou deux ans, c'est par un contre-coup forcé de l'expiration du délai de l'usucapion, après laquelle l'éviction, qui est sa condition d'ouverture, ne pourra plus se produire. Si certaines cautions, les *sponsores* et les *fidepromissores* d'Italie, sont libérées par un délai de deux ans depuis l'échéance de la dette, probablement calqué sur celui dans lequel s'éteignait l'action *auctoritatis*, c'est seulement depuis une loi positive, la loi Furia *de sponsu* [1]. En dehors de l'exception simplement apparente relative à l'action *auctoritatis*, en dehors de l'exception au droit commun introduite par le texte positif de la loi Furia, toutes les obligations civiles sont perpétuelles.

Les obligations créées, à l'aide de concessions d'actions, par les préteurs et les édiles, sont en revanche très souvent temporaires. Toutes les actions éciliciennes s'éteignent par une année au plus [2]. Quant aux obligations créées par le préteur, il y en a qui sont perpétuelles, mais la plupart s'éteignent par un an [3], sans que les textes indiquent bien clairement la base de la distinction [4], sans aussi que les interprètes soient parfaitement d'accord sur le calcul de cette année. C'est, d'après beaucoup de textes, une année utile et non pas une année continue (*annus quo experiundi potestas fuerit*). Mais, suivant l'opinion domi-

1. Action *auctoritatis* : p. 305, n. 2. Loi Furia : p. 764, n. 2.

2. Actions éciliciennes en matière de vente : p. 576, n. 1 et 2. L'action de l'édit *de feris*, p. 649, n. 5, était sans doute annale.

3. Gaius, 4, 110 : *Plerumque intra annum*. Ce caractère annal est indiqué par une clause permanente de la formule, dans certaines actions que le préteur promettait, par une disposition expresse de l'édit, seulement pour un an (ainsi dans l'action *metus* ; dans l'action de dol ; dans l'action d'injures) ; dans d'autres, c'est, semble-t-il, seulement sur la réclamation du défendeur que le préteur insérait l'exception *temporis*. Cf. Lenel, *Edictum*, p. 64, n. 1 (*Edit*, p. 72, n. 3) et § 273. On ne peut déterminer dans quel rapport est avec cette exception l'obscure *exceptio Italici contractus* abolie par Justinien, *C.*, 7, 40, *De ann. exc.*, 1. Cf. sur cette exception Karlowa, *Festgabe für Bekker*, 1899, pp. 72-76. Lenel, *Z. S. St.*, 25, 1904, p. 373. 27, 1906, pp. 71-82.

4. Paul rapporte, *D.*, 44, 7, *De O. et A.*, 35, un critérium proposé par Cassius et tiré du caractère réipersécutoire ou pénal de l'action ; Gaius, 4, 111, et Paul lui-même semblent plutôt s'attacher pour la perpétuité à l'appui que l'action trouve dans le droit civil, comme fait par ex. l'action *furti* au quadruple, qui est une action pénale prétorienne, mais qui remplace le droit de vengeance de la loi civile. On sait d'ailleurs que beaucoup d'actions prétoriennes annales (action de dol, action Paulienne, par ex.) ne meurent que pour être remplacées par une action *in factum* restreinte à l'enrichissement.

nante, l'année utile serait, dans ce cas, comme dans tous les autres où il en est question, une année utile *ratione cursus*, dans la supputation de laquelle on compterait seulement les jours où le demandeur a pu agir, n'en a été empêché ni par un obstacle venant de lui-même, ni par un obstacle venant du défendeur, ni par un obstacle venant du magistrat [1]. Suivant une doctrine plus récente que nous croyons meilleure, c'est simplement une année utile *ratione initii*, qui court seulement du jour où le créancier a pu agir sans être arrêté par l'un ou l'autre de ces obstacles, mais qui continue ensuite à le faire quoi qu'il arrive, comme cela se présente, par exemple, pour le délai de la loi Furia [2].

Le droit byzantin [3] étendit l'extinction par le laps de temps aux obligations civiles ou prétoriennes perpétuelles, en décidant que toutes les actions qui ne s'éteignaient pas déjà par un délai de moins de trente ans seraient désormais soumises à une prescription extinctive, qui est d'ordinaire de trente ans, qui dans quelques cas peu nombreux est un peu plus longue [4]. A partir de là, les obligations temporaires sont celles

1. Les trois obstacles sont indiqués distinctement par Ulpien, *D.*, 44, 3, *De div. temp. pr.*, 1.

2. V. en ce sens Ubbelohde, *Ueber die Berechnung des Tempus utile der honorarischen Temporalklagen*, 1891, et le compte-rendu de Bierman, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 384-387. Suivant cette doctrine, le temps utile *ratione cursus* est étranger aux actions prétoriennes annales et n'est attesté que pour le délai de la demande de la *bonorum possessio* modelé sur celui de la *cretio*. Le grand argument en faveur de ce système, la grande objection à la doctrine contraire, est l'admission de la *restitutio in integrum ob absentiam* au cas d'action temporaire perdue parce qu'on n'a pu agir (*D.*, 4, 6, *Ex quib. causis*, 1, 1). Dans la doctrine du délai utile *ratione cursus*, le délai aurait cessé de courir, tandis que l'admission de la *restitutio in integrum* prouve qu'il a couru ; or, rien n'autorise à limiter la solution, comme on a voulu le faire, à certaines actions ; des textes paraissent au contraire établir directement qu'elle s'applique aux actions pénales prétoriennes (*D*, 4, 6, *Ex quib. caus.*, 18 ; cf. *D.*, 4, 4, *De min.*, 37, *pr.*). De plus ce système explique le témoignage de Justinien, *Inst.*, 4, 12, *De perp. act. pr.*, selon lequel l'annalité des actions prétoriennes vient de l'annalité des pouvoirs du préteur. C'est inexplicable, si l'année de l'action est une année où l'on ne compte que les jours utiles, tandis que l'année des pouvoirs du magistrat est une année continue ; cela s'explique beaucoup mieux, s'il s'agit d'une année qui, une fois commencée, court comme celle du magistrat. L'action venant du préteur devait d'abord, comme le *judicium imperio continens*, finir avec ses pouvoirs. Mais, quand le préteur suivant la promettait dans son édit, il a dû facilement permettre à ceux qui l'avaient acquise au cours des pouvoirs de son prédécesseur de l'exercer pendant le reste de leur année sous sa propre magistrature, et il n'a fallu qu'un pas de plus pour faire partir cette année du jour où ils avaient eu l'*experiundi potestas*. — Sur la loi Furia, v. p. 777, n. 4.

3. Un passage du *P. Flor.*, n° 61, de l'an 85 (Mitteis, *Chrestom.*, n° 80) atteste dès auparavant la reconnaissance temporaire dans l'Egypte romaine d'une prescription extinctive de cinq ou dix ans.

4. *C.*, 7, 39, *De praescr. XXX vel XXXX ann.*, 3. Cf. p. 309, n. 1. Comme prescriptions plus longues, on peut citer, en écartant la prescription de quarante ans de l'hypothèque qui est la prescription d'un droit réel et non d'un droit personnel, la prescription de quarante ans appliquée par la novelle 111 aux actions des glises et des fondations pieuses et la prescription de cinquante ans portée ar

qui s'éteignent par moins de trente ans, les obligations perpétuelles sont celles qui durent trente ans, qui s'éteignent seulement par la prescription trentenaire ou par une prescription plus longue[1]. La prescription trentenaire ne commence à courir, comme le délai de la loi Furia et comme l'année utile des actions prétoriennes, que du jour où la dette est née et échue[2], et on admet en outre pour elle, en matière d'action personnelle comme en matière d'action réelle, certaines causes d'interruption ou de suspension[3]. Mais, à l'expiration du délai, ce n'est pas, comme en matière de propriété, seulement l'action, c'est le droit même qui se trouve, croyons-nous, éteint par la prescription[4].

Justinien pour l'action en répétition du paiement de dettes de jeux prohibés (*C.*, 3, 43, *C.*, *De aleae lus.*, 1, 2). La créance du fisc en remboursement de l'impôt est imprescriptible (*C.*, *h. t.*, 6).

1. *Inst.*, 4, 12, *De perpet. act.*, *pr.*

2. Pour qu'une action s'éteigne par le non-usage, il faut qu'elle soit née et échue ; mais, si le principe est clair, il y a beaucoup de discussions sur l'application. Cf. Dernburg-Sokolowski, § 131, 1 a. Une disposition de droit positif portait, pour les créances d'intérêts, que, bien que leur prescription courût seulement de chaque échéance (*C.*, *h. t.*, 7, 6), ils ne pourraient plus être réclamés après la prescription de la créance principale (*C.*, 4, 32, *De usur.*, 26, *pr.*).

3. Différence de l'interruption et de la suspension, p. 317, n. 1). Le cas de suspension le plus important existe au profit des impubères (*C.*, *h. t.*, 3, 1 *a* ; autres exemples chez Dernburg-Sokolowski, § 131, n. 9) ; les prescriptions de moins de trente ans sont seules arrêtées au profit des simples mineurs (*C.*, 2, 40, *In quib. caus.*, 5, 1). L'interruption résulte soit de la demande en justice (*C.*, *h. t.*, 7, *pr.* : *Etiam per solam conventionem*), soit de la reconnaissance de la dette résultant par exemple de la confection d'un nouveau titre, du paiement d'un à-compte, du paiement d'intérêts, etc. (*C.*, *h. t.*, 7, 5 *a* ; 8, 4).

4. Ce point est encore très controversé. On a soutenu que le droit subsiste pour fonder soit une obligation naturelle, soit, le cas échéant, une exception. V. en ce sens Savigny, *Traité*, 5, pp. 399-435. 442-466 ; Dernburg-Sokolowski, § 132 ; en sens contraire, Vangerow, 1, § 151 ; Windscheid, 1, § 112. Nous avons déjà écarté l'obligation naturelle, p. 655, n. 4. La subsistance éventuelle d'une exception antérieurement concurrente avec l'action et fondée sur le même droit ne nous paraît pas mieux établie. En tout cas, il ne faut pas invoquer ici le texte de Paul, *D.*, 44, 4, *De exc. doli*, 5, 6, selon lequel le dol qui fonde une action temporaire crée une exception perpétuelle ; car, par suite de la subsidiarité de l'action de dol (p. 431, n. 3), celui qui a l'exception n'a jamais eu l'action et, si son exception est perpétuelle, c'est en vertu d'une idée symétrique à celle qui veut que les actions ne puissent se prescrire avant d'être exigibles, parce qu'on ne peut lui reprocher son inaction (*cum... non habeat potestatem, quando conveniatur*).

TITRE IV

TRANSFERT DES OBLIGATIONS

La théorie des modes d'extinction est plus importante pour les obligations que pour la propriété, parce que les obligations sont des droits temporaires destinés à s'éteindre par leur exécution et la propriété un droit perpétuel susceptible d'exercice répété. Pour la théorie des modes de transfert[1], c'est l'inverse et en vertu de la même raison. La propriété est un droit perpétuel destiné à passer de main en main. L'obligation est un droit existant entre deux personnes créé, pour permettre à la première d'exiger une prestation de la seconde. Normalement, quand on veut faire argent de la propriété, on l'aliène ; quand on veut faire argent de la créance, on la recouvre. Ici il y a extinction ; là il y a transfert. Il est donc naturel que la créance considérée comme un lien entre deux personnes ne puisse pas être transférée ; que son sujet actif, le créancier, ne puisse pas la détacher de lui pour la faire passer sur une autre tête. En conséquence, le droit romain n'offre certainement pas à l'époque ancienne, il n'a peut-être, au sens strict, jamais offert de procédés pour faire passer une créance d'une tête sur une autre comme il en offre pour faire passer la propriété d'une chose corporelle d'une tête sur une autre[2]. La créance est anciennement un droit attaché à la personne comme l'usufruit. Elle peut, à la différence de l'usufruit, être transmise, à cause de mort, à l'héritier, continuateur de la personne, et même, entre vifs, à l'adrogeant[3] ; mais elle ne peut pas plus que lui être transportée à titre particulier sur la tête d'une personne nouvelle[4].

Cependant on dut s'apercevoir au bout d'un certain temps que la créance est un élément actif du patrimoine comme la propriété, qu'elle devrait logiquement pouvoir faire l'objet des mêmes opérations écono-

1. L'ouvrage fondamental d'ensemble est celui de Muhlenbruch, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3[e] éd., 1836. V. en outre Bähr, *Iahrbücher* de Ihering, 1, 1857, pp. 351-502. Gide, *Novation et transport des créances*, 1879, pp. 231-376.

2. Gaius, après avoir décrit les modes volontaires de transférer la propriété continue, 2, 38, en disant : *Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum.*

3. *D.*, 7, 1, *De Usufr.*, 25, 2 : *Non solet stipulatio semel cui quaesita ad alium transire nisi ad heredem vel adrogatorem.*

4. Gains, 2, 38 (p. 744, n. 1). 39 (p. 745, n. 2).

miques, que par exemple un père dont la fortune, au lieu de se composer d'immeubles ou d'argent comptant, se compose principalement d'argent placé, de créances à long terme, peut vouloir constituer une de ses créances en dot à sa fille ; qu'un individu, ayant besoin d'argent, peut vouloir vendre une de ses créances au lieu de choses corporelles ; qu'il peut même vouloir donner en prêt une de ses créances au lieu d'argent comptant à un individu qui la réalisera ; en somme, que les créances sont rationnellement susceptibles de toutes les opérations à titre gratuit ou onéreux qu'on pourrait vouloir faire sur les choses corporelles. Et alors, ainsi qu'il arrive toujours, les praticiens ont cherché et découvert l'instrument qu'il fallait. Ils ont inventé, sinon pour transférer la créance au sens exact, au moins pour atteindre un résultat pratique équivalent, deux procédés distincts qui, conformément à une autre loi générale, eurent d'abord leurs règles fournies par les formes indépendantes qu'ils empruntaient, mais furent progressivement accommodés à leur destination de fond. Nous les étudierons successivement dans leur physionomie première et dans les modifications qu'ils ont reçues du droit impérial.

I. **Système primitif.** — Le système primitif, qui s'est constitué probablement dans les derniers siècles de la République, offre, pour atteindre le résultat, deux instruments dont le premier peut avoir fonctionné dès le temps des Actions de la loi, dont le second ne peut dater que du temps de la procédure formulaire : la novation par changement de créancier faite sur la délégation du créancier et le mandat *in rem suam* exécuté par *litis contestatio*.

1. Le créancier qui veut céder sa créance soit *solvendi causa*, parce qu'il l'a vendue, parce qu'il l'a acquise pour un mandant auquel il doit rendre compte, parce qu'il est grevé d'un legs portant sur elle, soit *donandi vel dotis causa*, à titre de donation, de constitution de dot, soit *credendi causa*, dans le but de faire un prêt, peut non pas précisément faire passer cette créance sur la tête du cessionnaire, mais lui procurer une créance ayant le même objet en lui déléguant son débiteur. Sur la délégation du créancier, sur son *jussum*, le débiteur va promettre au créancier nouveau ce qu'il doit à l'ancien. Et le contrat verbal éteindra la créance qu'avait le cédant en même temps qu'il fera naître au profit du cessionnaire une créance nouvelle ayant le même objet[1].

Seulement l'emploi de ce procédé exige le consentement du débiteur qui peut refuser de changer de créancier, de répondre à l'interrogation du cessionnaire. Ensuite il ne donne pas précisément la créance du

1. Gaius, 2, 38 (après les mots cités, p. 743, n. 2) : *Sed opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris ; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri ; quae dicitur novatio obligationis.*

cédant, il donne une créance nouvelle qui a bien le même objet, mais qui n'est pas la même, contre laquelle le débiteur peut, selon la formule employée, avoir ou n'avoir plus les exceptions qu'il avait contre l'ancienne, pour laquelle le créancier n'a plus, en principe, es sûretés accessoires de l'ancienne, en face de laquelle il ne peut plus invoquer le bénéfice de la mise en demeure acquise contre l'ancienne, en vertu de laquelle ne courent plus les intérêts que faisait courir l'ancienne [1].

2. Depuis l'introduction de la procédure formulaire, il existe un second procédé qui serre l'imitation d'un peu plus près, qui permet au cessionnaire d'intenter non plus une action semblable à celle du cédant, mais l'action du cédant lui-même. C'est le mandat judiciaire réalisé par une *litis contestatio* faite avec le débiteur cédé [2]. Il n'était pas possible sous les Actions de la loi, où en principe nul ne peut agir en justice au nom d'autrui. Mais, au contraire, sous la procédure formulaire, le mandat judiciaire a été bientôt admis. Le mandataire judiciaire (*cognitor*, *procurator*) se fait délivrer une formule qui prescrit au juge de condamner le débiteur envers le mandataire si le mandant est créancier ; puis, la condamnation obtenue, il peut en recouvrer le montant sauf son obligation de rendre compte au mandant. Cela fournit un procédé de cession qui semble bien plus avantageux. On va constituer le cessionnaire mandataire judiciaire, mais avec dispense de rendre compte (*cognitor*, *procurator in rem suam*) [3]. Et de la sorte il exercera la créance même du cédant [4], en étant exposé à toutes ses fins de non-recevoir, mais en en conservant au moins en partie les accessoires, sans purger la demeure [5], sans dépendre surtout de la bonne volonté du débiteur cédé, car il existe des moyens pour le forcer de défendre au procès.

Pourtant ce second procédé a des inconvénients qui font qu'il n'a pas tout de suite supplanté l'ancien. C'est un mandat judiciaire réalisé par une *litis contestatio*. Il ne donne que ce que donnent les règles du

1. Ce sont les effets mêmes de la *novatio obligationis* tels qu'ils ont été exposés p. 714.

2. Gaius, 2, 39 : *Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.*

3. Les compilations de Justinien, au temps duquel le *cognitor* n'existe plus, parlent toujours de *procurator in rem suam* et sont suivies dans ce langage par plusieurs interprètes, par ex. par M. Gide. Mais Gaius, 2, 39, parle de *cognitor aut procurator* et la plupart des textes qui nous sont parvenus directement, comme par ex. ceux des *Fr. Vat.*, ou desquels on peut rétablir la destination première (ainsi ceux d'Ulpien, p. 746, n. 3), se rapportent même au *cognitor in rem suam*.

4. Cela se manifeste dans la façon dont Gaius oppose au cas de novation, où le cédé est débiteur du cessionnaire (p. 746, n. 1), celui du *cognitor* ou du *procurator*, où le cessionnaire ne peut agir *suo nomine*, mais *ex persona* du cédant (n. 2).

5. La *litis contestatio* libère les cautions verbales jusqu'à Justinien ; mais le mandataire judiciaire a le droit de la faire à son choix avec celui des débiteurs principaux ou accessoires qu'il préfère. Pour l'hypothèque, les privilèges, la demeure et les intérêts, cf. p. 716, n. 5 et 6.

mandat judiciaire et de la *litis contestatio*. En particulier[1], le droit passe au cessionnaire seulement par la *litis contestatio* comme là par la novation ; or cette *litis contestatio* peut n'avoir lieu que très longtemps après la convention de cession ; par exemple, elle n'est possible qu'à l'échéance de la créance[2]. Et jusque-là le cessionnaire n'a de droit qu'en vertu de son mandat, c'est-à-dire non seulement bien entendu à condition qu'il en ait reçu un, mais à condition que ce mandat n'ait pas été révoqué, qu'il n'ait pas été éteint par la mort du mandant ou du mandataire, sans que le cédant cesse de rester titulaire de la créance, de pouvoir recevoir paiement ou faire acceptilation, de pouvoir faire une nouvelle cession[3]. Le second instrument est plus parfait, mais il est aussi plus délicat[4].

1. Il y a d'autres inconvénients procédant de la même idée. L'esclave, ne pouvant ester en justice, peut bien rendre son maître cessionnaire par une stipulation novatoire, mais non par une *litis contestatio*. Les personnes qui ne peuvent plaider par autrui ou pour autrui ne devaient pas pouvoir, avant des exceptions venant du droit positif qui n'ont sans doute pas toujours été admises, céder des créances ou en acquérir par ce procédé. Cf. Paul, *Sent.*, 1, 2, 2 ; Ulpien, *D.*, 3, 3, *De proc.*, 8, 2 ; 25. La *litis contestatio*, étant l'ouverture d'un procès, doit, ici comme partout, être, à peine de déchéance du droit, suivie d'un jugement avant l'expiration du délai de péremption d'instance qui est de dix-huit mois au plus (Gaius, 4, 104. 105).

2. M. Gide, pp. 313-318, conteste cette solution en partant de l'idée que la *litis contestatio* servant à un transfert aurait des règles indépendantes. A notre avis, la pratique, qui a utilisé la *litis contestatio* dans ce but, ne peut, au contraire, l'avoir fait qu'en lui donnant ses effets ordinaires. Les différences qu'il y aurait seraient non pas originaires, mais acquises et ne devraient d'ailleurs être admises qu'en face de textes probants que l'auteur reconnaît ne pas exister ici.

3. Ces solutions sont encore contestées par M. Gide qui suppose l'existence de règles différentes pour le *procurator in rem suam* et pour le *procurator* agissant au nom d'autrui. Il doit au contraire y avoir, à notre avis, des règles uniformes régissant partout les droits du *procurator* et surtout du *cognitor* sur la créance. Or, non pas d'après une assimilation, qui serait fausse, avec les règles du contrat de mandat (elles ne peuvent évidemment s'appliquer qu'au cas où le *procurator* ou le *cognitor* agit en vertu d'un mandat, et surtout elles régissent exclusivement les rapports du mandant et du mandataire), mais en vertu de solutions formelles des textes, le *cognitor* ou le *procurator*, qui devient, par la *litis contestatio*, *dominus litis*, n'est pas jusque-là maître de la créance. Le constituant peut la lui enlever, en l'exerçant, d'après le témoignage de Gordien, *C.*, 8, 41 (42), *De nov.*, 3, et d'Hermogénien, *D.*, 18, 4, *De h. vend.*, 23, 1 ; en en recevant paiement, d'après les mêmes textes ; en en faisant acceptilation, d'après Julien, *D.*, 18, 4, *De h. vend.*, 19. Il n'est donc guère douteux qu'il puisse aussi la lui retirer en révoquant ses pouvoirs : des deux textes d'Ulpien, invoqués en sens contraire par M. Gide, p. 291, n. 2, l'un, *D.*, 3, 3, *De proc.*, 25 (Lenel, 314), est relatif à la période postérieure à la *litis contestatio* et l'autre, *D.*, 3, 3, *De proc.*, 55 (Lenel, 1446), écarte la révocation en invoquant le système d'actions *utiles* données à défaut d'*actiones mandatae* (p. 747, n. 1). Enfin ce pouvoir lui est aussi enlevé par la mort du mandant, d'après Gordien, *C.*, 4, 10, *De O. et A.*, 1, qui accorde pour cette raison une action utile.

4. A la différence du premier, ce second procédé peut, ainsi que nous avons déjà remarqué, s'appliquer aux actions réelles comme aux actions personnelles. Les exemples donnés par les textes, au moins en matière de cession à titre particulier, se rapportent surtout à des cessions prescrites par le juge d'un des plaideurs à l'autre (*D.*, 6, 1, *De R. V.*, 21 ; 63, etc.), mais aussi à celle faite en

II. Réformes du droit impérial. — Les réformes du droit impérial ont eu pour but de consolider le second procédé de cession en escomptant au profit du cessionnaire la sécurité qui auparavant résultait pour lui seulement de la *litis contestatio*. Elles y sont arrivées par deux procédés principaux : en accordant des actions utiles au cessionnaire qui n'a pas ou qui n'a plus les actions du cédant comme actions *mandatae* ; en lui donnant le droit de s'assurer dès avant la *litis contestatio* le bénéfice de la créance par une signification de la cession au débiteur cédé.

1. Le cessionnaire ne pouvait, d'après le mécanisme même du procédé de cession, exercer les actions du cédant qu'en vertu de son mandat, comme *actiones mandatae*. Le droit impérial a progressivement décidé : d'une part, que, quand il ne les aurait plus comme *actiones mandatae*, par exemple par suite du décès du mandant [1], il les garderait comme actions utiles [2] ; d'autre part, dans des cas de plus en plus nombreux, qu'il les aurait également en l'absence de mandat, lorsque le *negotium* obligeait directement le titulaire de la créance à les céder [3].

vertu d'une vente (*C.*, 4, 39, *De H. v. A. vend.*, 9). Et le développement du droit impérial qui a donné des actions utiles à défaut des actions *mandatae* (p. 747, n. 1) leur est même expressément étendu (*C.*, 4, 49, *De H. v. A. vend.*, 9). Il est beaucoup plus délicat de dire jusqu'à quel point et avec quelle portée les règles sur la signification et les actes équivalents ont pu être transportées de l'action personnelle qui n'a qu'un sujet passif à l'action réelle donnée contre tout tiers détenteur. V. la bibliographie dans Windscheid, II, § 337.

1. Décès : Gordien, *C.*, 4, 10, *De O. et A.*, 1. Révocation : Ulpien, *D.*, 3, 3, *De proc.*, 55, où l'on pourrait seulement se demander avec Bähr, p. 388, si la solution était déjà donnée par Ulpien. Cela n'a été admis au cas de donation que par Justinien, *C.*, 8, 53 (54), *De don.*, 33.

2. Il existe de grandes incertitudes sur le caractère de cette action utile ; cependant il semble tout au moins avéré que le cessionnaire y agit non pas *alieno nomine*, comme dans les *actiones mandatae*, mais *suo nomine*, comme au cas de novation : *D.*, 3, 3, *De proc.*, 55 ; *C.*, 4, 15, *Quando fiscus*, 5. Cf. Eisele, *Die actio utilis des Cessionars*, 1887. *Z. S. St.*, 27, 1906, pp. 46-70 ; Unger, *Iahrbücher* de Ihering, 26, 1887, p. 412 et ss.

3. Cette innovation avait déjà été faite par Antonin le Pieux en matière de vente d'hérédité où elle était facilitée par l'existence de règles symétriques dans la matière voisine des fidéicommis universels (Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 16). Mais pour les autres cas, elle a été beaucoup moins précoce. Même en prenant tous les textes pour authentiques (et c'est douteux pour plus d'un ; cf. Bähr, p. 338, n. 39), la concession d'actions utiles à celui qui n'a jamais reçu de mandat n'est attestée qu'au III[e] siècle pour l'acheteur de créance isolée (Valérien et Galien, *C.*, 4, 10, *De O. et A.*, 2), pour celui à qui une créance a été constituée en dot (Valérien et Galien, même texte), pour celui à qui elle a été donnée en paiement (Dioclétien, *C.*, 4, 15, *Quando fiscus*, 5), pour celui à qui elle a été léguée (Dioclétien, *C.*, 6, 37, *De leg.*, 18). Elle n'était sans doute pas faite au donataire de créance avant Justinien (cf. n. 1). A partir de lui, on a les actions utiles, alors qu'il n'y a pas eu ou qu'il n'y a plus de mandat, en vertu d'à peu près tous les actes juridiques dont le but direct est d'obliger le créancier à donner ce mandat. Mais c'est une exagération de dire, comme on a fait, que désormais la cession soit sous-entendue au profit de tous ceux qui ont le droit de l'exiger. Nous avons vu le contraire pour les rapports du mandataire avec le mandant pp. 687-690 ; nous

2. Ce premier ordre de réformes ne suffisait pas à donner au cessionnaire une sécurité complète. Il avait une action utile ; mais le cédant avait toujours la créance, l'action directe. Il était protégé contre les inconvénients résultant de la nécessité d'un mandat ; il ne l'était pas contre ceux résultant de la nécessité de la *litis contestatio*, contre ceux résultant de ce que, jusqu'à la *litis contestatio*, le cédant, étant titulaire de la créance, pouvait l'éteindre en recevant paiement ou en faisant remise au débiteur, en la cédant à un second cessionnaire, en l'exerçant lui-même. C'est pour parer à cela qu'est venue la seconde réforme du droit impérial. Le cessionnaire pourra, sans faire la *litis contestatio*, même quand il ne peut pas la faire, par exemple parce que le terme n'est pas échu ou que le débiteur cédé est absent, s'assurer le bénéfice exclusif de la créance en manifestant au débiteur sa volonté de l'avoir pour débiteur, ou en obtenant de lui sa reconnaissance comme créancier, c'est-à-dire par une signification de la cession ou par l'obtention d'un paiement partiel [1].

A partir de cette dernière réforme, attribuée à Gordien, accomplie peut-être seulement après lui [2], on peut dire qu'il existe un véritable transfert de créance réalisé non pas par la convention de cession après laquelle le créancier a toujours la créance, mais par la convention suivie de signification après laquelle le cédant n'a plus son action et le cessionnaire l'a comme action utile, après laquelle, si l'on veut, le cédant a toujours la créance, mais le cessionnaire seul a l'action. Le second procédé, autrefois plus fragile que la novation, est devenu aussi solide qu'elle

le verrons également pour certains des créanciers astreints à la cession d'action envers les débiteurs qui les désintéressent (p. 774 et ss.).

1. Gordien, *C.*, 8, 41 (42), *De nov.*, 3 : *Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.* C'est un point controversé de savoir si la dénonciation et la reconnaissance du cessionnaire par le débiteur sont les deux seuls événements qui enlèvent au débiteur le droit de se libérer valablement entre les mains du cédant, s'il ne serait pas également responsable en le payant quand il a connaissance de la cession par d'autres voies. Mais notre constitution prouve le contraire en reconnaissant jusque-là au créancier cédant non seulement le pouvoir de recevoir le paiement, mais le droit de l'exiger. La solution différente donnée par Papinien, *D.*, 2, 15, *De transact.*, 17, est une solution propre à la matière de la vente d'hérédité où elle a été transportée, comme d'autres règles, de la matière des fidéicommis universels (p. 747, n. 3). Cf. C. civ., art. 1690.

2. Par l'addition des mots *vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit*. V. en ce sens Bähr, p. 379 et ss., p. 499 ; Lenel, *Iahrbücher* de Ihering, 1896, p. 39. En dehors des raisons de fond, on peut relever comme indice d'interpolation l'incorrection de langage du texte actuel, où littéralement ce serait *lis* qui serait le sujet d'*accipiat* et de *denuntiaverit*, tandis qu'il eût suffi pour avoir une phrase correcte d'employer *contestetur* à l'actif en écrivant *antequam litem contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit*. La mention antérieure de la dénonciation faite par Alexandre Sévère, *C.*, 8, 16 (17), *Quae res pign.*, 1, est relative à la matière différente de l'hypothèque des créances.

et il est resté plus parfait. Mais la novation garde toujours un avantage ; c'est de pouvoir, quand elle est faite dans une certaine formule, écarter au profit du cessionnaire les exceptions existant contre le cédant.

Le même mouvement qui conduisit à reconnaître la cession de créance comme une institution juridique originale en la soumettant à des règles de forme indépendantes de celles de la novation et surtout du mandat judiciaire, conduisit à porter pour sa validité des règles de fond. Nous citerons seulement[1] : la constitution de Théodose et d'Honorius défendant à peine d'annulation de la dette de céder une créance à une personne plus puissante (*potentior*)[2] ; celle de Justinien défendant sous la même peine aux tuteurs et aux curateurs de se porter, même après la fin de leurs pouvoirs, cessionnaires de créances contre ceux dont ils administrent les biens[3] ; celles de Gratien, Valentinien et Théodose renforcées par Justinien défendant et punissant la cession de créances litigieuses[4] ; enfin et surtout l'importante constitution d'Anastase, complétée par Justinien[5], essayant de décourager l'industrie des acheteurs de créances en permettant aux débiteurs de se libérer des créances achetées à un taux inférieur à leur valeur nominale par le simple remboursement de ce prix d'achat[6].

1. On déclare encore incessibles en vertu des principes généraux et sans grand texte, beaucoup de créances, considérées comme attachées à la personne : ainsi les actions *vindictam spirantes* (p. 403, n. 3), ainsi les créances d'aliments, d'*operae officiales* (cf. *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 9, 1), etc.

2. *C.*, 2, 13 (14), *Ne lic. pot.*, 2. V. sur les *potentiores* du droit récent, les grands propriétaires soustraits aux lois par l'affaiblissement du pouvoir central, Mitteis, *Mélanges Girard*, 2, pp. 225-235, où est démontrée l'interpolation des textes du Digeste qui font remonter aux jurisconsultes classiques les mesures contre leur prépondérance. Cf. C. civ., art. 1597.

3. Nov. 72, c. 5. Cf. C. civ., art. 450.

4. *C.*, 8, 36 (37), *De litig.*, 3 ; 5 (4).

5. *C.*, 4, 35, *Mand.*, 22 ; 23. Ce sont les célèbres constitutions *Per diversas* et *Ab Anastasio*, origine du retrait de droits litigieux organisé par le C. civ., art. 1699-1701, desquelles un mouvement d'interprétation restrictive a limité la portée aux créances litigieuses, mais qui paraissent bien avoir d'abord été faites pour toutes les créances. On peut remarquer que les opérations frauduleuses destinées à les éluder ont précisément pour instrument l'ancienne *procuratio in rem suam*, la dissimulation de la vente derrière un mandat judiciaire dont le mandataire gardera le profit.

6. Nous avons systématiquement évité, dans l'exposition de la théorie de la cession de créance, la théorie absolument distincte des rapports, contractuels ou non, qui peuvent déterminer ou astreindre le cédant à la cession. On notera : 1° qu'il y a pour les créances, comme pour la propriété, à côté des modes volontaires de transfert, des modes forcés, l'adjudication faite par le juge d'une instance en partage (cf. Gaius, *D.*, 10, 2, *F. E.*, 3) ; 2° qu'il y a aussi pour elles à côté de l'aliénation totale une aliénation partielle résultant de la constitution de droits d'hypothèque (p. 776) ou d'usufruit (p. 372) ; 3° enfin qu'en face de la cession de la créance il y a une cession de dette qui peut également se réaliser soit par novation, soit par *litis contestatio*, mais qui, par suite de sa moindre importance, n'a pas motivé le même développement juridique. V. aussi sur la distinction de la cession volontaire et de la cession forcée, Fritz Schulz, *Z. S. St.*, 27, 1906, pp. 82-150.

TITRE V

PLURALITÉ DE SUJETS. — SURETÉS RÉELLES

Nous avons généralement supposé, en étudiant les règles des obligations, un créancier unique ayant contre un débiteur unique une créance ordinaire dépourvue de toute sûreté spéciale. Il est cependant possible que la créance soit protégée par des sûretés réelles affectant un ou plusieurs biens à sa garantie directe ; il est possible aussi qu'activement ou passivement elle ait plusieurs sujets qui peuvent eux-mêmes ou être tous des sujets principaux ou être les uns des sujets principaux et les autres des sujets accessoires. Ce sont là des complications dont il faut déterminer la portée. Nous étudierons d'abord la pluralité de créanciers et de débiteurs principaux qui nous mettra en présence des théories de la solidarité et de l'indivisibilité ; puis les créanciers accessoires et surtout les débiteurs accessoires, les cautions ; ensuite, après la sûreté personnelle résultant du cautionnement, les sûretés réelles produites par l'aliénation fiduciaire, le gage et l'hypothèque ; enfin nous dirons, en terminant, quelques mots du sénatus-consulte Velléien sur l'intercession, qui s'applique en particulier dans le cas où la femme a engagé ses biens ou s'est portée caution pour la dette d'autrui et qu'il serait donc peu commode d'étudier avant les sûretés personnelles et réelles.

CHAPITRE I. — PLURALITÉ DE CRÉANCIERS OU DE DÉBITEURS PRINCIPAUX. — INDIVISIBILITÉ. — SOLIDARITÉ

Quand une même chose est due simultanément à plusieurs ou par plusieurs, l'obligation se fractionne en principe, entre les créanciers dans le premier cas, entre les débiteurs dans le second. Ce n'est qu'en apparence qu'il existe une seule obligation. En réalité, chaque créancier a une créance propre de sa fraction divise de la créance totale, chaque débiteur une dette propre de sa fraction divise de la dette totale. La division se produit lorsqu'un créancier ou un débiteur unique meurt en

laissant plusieurs héritiers. Elle se produit pareillement lorsque la pluralité des créanciers ou des débiteurs existe dès le principe [1].

Mais pourtant à cette division il y a des exceptions.

Il y a une première exception qui tient à l'objet de l'obligation ; elle est relative aux obligations qu'on appelle les obligations indivisibles [2]. La division est forcément écartée si l'objet de l'obligation n'est pas susceptible de fractionnement d'après sa nature, s'il n'est pas susceptible d'être fourni par parties, de manière que chaque partie garde proportionnellement les qualités et la valeur du tout, que l'ensemble des prestations partielles équivaille en qualité et en valeur à une prestation totale unique. Ainsi par exemple, l'obligation de payer une somme d'argent est divisible [3]. Celle de construire une maison, de constituer une servitude prédiale ne l'est pas ; car, par la force des choses, alors même qu'il y aura dès le principe ou après coup plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, l'exécution ne pourra en avoir lieu utilement que pour le tout [4]. Et c'est cette impossibilité d'exécution partielle qui a donné naissance à la théorie romaine des obligations indivisibles, théorie déjà subtile et contradictoire en plus d'un point dans sa forme originale et encore plus défectueuse dans la reproduction médiocre du Code civil [5].

1. Division au moment de la formation de l'obligation : *D.*, 45, 2, *De duobus reis,* 11, 1. 2 ; à la suite du décès du créancier ou du débiteur : *C.*, 8, 31 (32), *Si unus ex pluribus*, 1 ; 2.

2. Nous n'en donnons ici qu'un aperçu tout à fait sommaire. L'ouvrage principal est celui d'Ubbelohde, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, 1862. V. aussi Savigny, *Droit des obligations*, 1, §§ 29-36.

3. L'exemple des dettes de quantités est le plus simple ; ce n'est pas le seul. Les Romains considèrent comme divisibles en principe toutes les obligations de transférer la propriété, non pas seulement celles ayant pour objet des quantités, où la division aura lieu matériellement, *numero*, mais celles mêmes ayant pour objet un corps certain, un cheval, un esclave déterminé, où à la vérité, la division ne peut avoir lieu physiquement, mais où elle peut avoir lieu intellectuellement, *partim*, par la translation d'un droit de propriété indivis (v. au point de vue législatif les critiques de Dernburg-Sokolowski, § 281). On fait seulement exception pour la dette d'un genre (ou la dette de deux choses sous une alternative), où par exemple le créancier d'un bon cheval de labour n'obtiendrait pas une satisfaction égale, en valeur et en qualité, à celle à laquelle il a droit, si l'un des deux débiteurs lui transférait la moitié indivise d'un cheval et l'autre la moitié indivise d'un autre cheval.

4. Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 72 : *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutum. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile : horum enim divisio corrumpit stipulationem.* Une servitude prédiale ne peut ordinairement, en droit, être constituée pour partie (p. 368). En fait, un acte négatif ou positif n'est pas en général susceptible d'une prestation partielle ayant proportionnellement les qualités de la prestation totale ; mais l'obligation serait divisible, si ce fait était susceptible de fractionnement utile, comme cela se présente pour des journées de travail, pour la remise d'une dette divisible ou pour le non-exercice d'une créance divisible.

5. C. civ., art. 1217-1225. La grande difficulté produite par l'indivisibilité est relative à l'exercice des actions. Au cas de pluralité de créanciers, chacun ne peut

De plus, même en supposant l'objet de l'obligation susceptible de division, cette division peut être écartée par une autre théorie sur laquelle seule nous insisterons ici, par la théorie de la solidarité [1]. Nous étudierons cette théorie en séparant deux sortes de solidarité au sens large, qu'on oppose tantôt sous les noms de solidarité parfaite et imparfaite, tantôt sous ceux de solidarité et d'obligation au tout, tantôt sous ceux d'obligations corréales et d'obligations *in solidum*, mais qu'en dépit de ces discordances de dénomination et de bien d'autres divergences, on est aujourd'hui d'accord pour distinguer.

§ 1. — Obligations corréales.

La solidarité parfaite, celle que les interprètes désignent du nom de corréalité et celle qui mérite le mieux le nom de solidarité au sens technique moderne, peut exister, soit au profit de plusieurs créanciers (*duo aut plures rei stipulandi, credendi*), soit à la charge de plusieurs débiteurs (*duo aut plures rei promittendi, debendi*) [2]. Il y a corréalité active au premier cas, corréalité passive au second. Dans les deux, elle a le même caractère : d'une part, l'obligation existe pour le tout, au profit de chaque créancier, à la charge de chaque débiteur ; d'autre part,

être forcé de recevoir que le tout et peut donc agir pour le tout ; mais, à moins que la prestation qu'on lui fait n'entraîne la satisfaction des autres créanciers (ainsi la construction d'une digue destinée à protéger les fonds de deux propriétaires contre l'écoulement des eaux), le débiteur n'est pas libéré envers les autres en lui faisant sa prestation et peut donc exiger de lui caution que les autres ne le poursuivront pas (sans que les textes soient parfaitement d'accord sur la mise en pratique du système ; cf. *D.*, 16, 3, *Dep.*, 1, 36 ; 14, *pr.* ; *D.*, 46, 3, *De solut.*, 81, 1). Au contraire, si on en vient à une condamnation pécuniaire, la dette indivisible est remplacée par une dette d'argent divisible et le débiteur n'est condamné envers le créancier que pour la part de celui-ci. Au cas de pluralité de débiteurs, le créancier peut également demander le tout à chacun et chacun ne peut être libéré envers lui que par la prestation totale de l'objet de l'obligation. Mais, pour le cas où l'on arrive à la condamnation pécuniaire de l'un des débiteurs, il y a de grandes difficultés. Parmi les textes, les uns parlent de condamnation à la valeur totale (v. par ex. en matière de dette de servitude prédiale, Paul, *D.*, 10, 2, *F. E.*, 25, 10), d'autres de condamnation seulement partielle (v. par ex. en matière d'obligation de faire, Ulpien citant Celse et Tubero, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 72, *pr.*). Cf. sur les divers systèmes, Dernburg-Sokolowski, § 281, n. 7, et Windscheid, 2, § 299, n. 7.

1. *D.*, 45, 2, *De duobus reis constituendis* ; *Inst.*, 3, 16, *De duobus reis stipulandi et promittendi*. La littérature moderne de la matière commence à l'ouvrage de Keller sur la *litis contestatio* (*Litiskontestation und Urtheil*, 1827) et à l'étude sur la corréalité de Ribbentropp (*Zur Lehre von den Correalobligationen*, 1831). Elle est excessivement abondante. Nous citerons seulement, parmi les travaux les plus récents, ceux de MM. Gérardin, *N. R. H.*, 1884, pp. 237-266 ; 1887, pp. 137-154. 365-404, Mitteis, *Individualisirung der Obligation*, 1886, pp. 49-113, Eisele, *Archiv*, 77, 1891, pp. 374-481 et J. Binder, *Die Correalobligationen*, 1899.

2. *Inst.*, *h. t.*, 1 : *Ex hujusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur : et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat*. Le texte ne parle pas de la *litis contestatio* à cause de la réforme de Justinien, p. 756, n. 1.

non seulement l'exécution de l'obligation par l'un ou au profit de l'un, mais l'exercice de l'action par l'un ou contre l'un éteint l'obligation à l'égard de tous. C'est, dit-on, une conséquence de ce que l'obligation corréale, qui fait naître autant de liens qu'il y a de sujets, n'a cependant qu'un objet (*una res*) [1] : la pluralité des liens permet à chacun des sujets d'être créancier ou débiteur [2] ; l'unité d'objet fait l'extinction, survenue chez l'un, exister au regard de tous [3].

I. Sources de la corréalité. — La corréalité, qu'on admet souvent avoir résulté dans certains cas de dispositions du droit positif [4], est surtout un effet de la volonté de l'homme, des mesures prises par les particuliers pour écarter dans des hypothèses concrètes la division de l'obligation entre les parties sans en modifier le montant.

Le contrat dans lequel elle a sans doute pris naissance est le contrat verbal [5], où elle était établie à l'origine selon des formes sacramentelles

1. *Inst.*, *h. t.*, 1 : *Una res vertitur*. En conséquence on exigeait en principe une identité complète d'objet (appliqué par Papinien, *D.*, *h. t.*, 9, 1, à des dépositaires tenus diversement de leur faute ; par Gaius, *D.*, *h. t.*, 15, à la stipulation d'un usufruit au profit des deux personnes) ; mais plus tard on se relâche de cette rigueur (Julien, *D.*, *h. t.*, 5 : promesse corréale d'*operae* par deux personnes ; cf. Gaius, *D.*, *h. t.*, 15, *in fine*, où la finale peut d'ailleurs être une addition).

2. Par suite aussi on admet que l'une des obligations peut être pure et simple et l'autre conditionnelle ou à terme (*Inst.*, *h. t.*, 2).

3. Cette formule un peu vague est commode. Mais elle ne tranche pas la difficulté qui est de savoir si la pluralité de liens implique pluralité d'obligations ou si l'unité d'objet n'entraîne pas au contraire l'unité d'obligation. La doctrine la plus répandue qui peut invoquer le langage de quelques textes (*D.*, *h. t.*, 3, 1 : *Cum una sit obligatio* ; *D.*, 2, 14, *De pactis*, 9, *pr.* : *Unum debitum est*), mais qui a surtout été inventée pour expliquer l'effet extinctif de la *litis contestatio*, dit qu'il n'y a qu'une obligation. V. en ce sens Windscheid, 2, § 293, et les auteurs cités. Mais les textes parlent au moins aussi souvent d'obligations multiples (*Inst.*, *h. t.*, 1 : *In utraque obligatione* ; Ulpien, *D.*, 46, 1, *De fidejussoribus*, 5, *in fine* : *Si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset ut, cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur*). Ensuite, s'il n'y avait qu'une obligation, on ne comprendrait pas comment l'un pourrait être tenu purement et l'autre sous condition (n. 2) ; comment les deux liens subsisteraient malgré l'unité de sujet au cas de confusion (p. 739, n. 1). Quant à l'effet extinctif de la *litis contestatio*, il s'explique très simplement par l'idée que la règle *bis de eadem re ne sit actio* s'appliquait toutes les fois qu'un second procès était fait à raison de la même prétention sans qu'on s'occupât plus de l'identité de personnes que de l'identité d'action. V. en particulier, en ce sens, Eisele, p. 411 et ss., et en général dans celui de la pluralité d'obligations, Dernburg-Sokolowski, § 329, et les auteurs cités.

4. On peut, semble-t-il, au moins citer comme cas de ce genre celui du préposant et du préposé tenus l'un et l'autre *in solidum*, le second en vertu du droit civil et le premier en vertu de l'édit, et tous deux libérés par la poursuite contre l'un (p. 685, n. 4). V. aussi en matière de responsabilité noxale de plusieurs co-propriétaires, *D.*, 11, 1, *De interrog. in jure*, 20, *pr.*, en matière de responsabilité des banquiers et des marchands d'esclaves envers leurs clients, les textes cités p. 586, n. 6, etc. La liste est encore beaucoup plus longue, si l'on considère avec M. Eisele (p. 759, n. 5 ; p. 760, n. 1) comme des cas de corréalité, la plupart des cas généralement regardés comme des cas d'obligation *in solidum*.

5. La preuve en est non pas seulement dans l'emploi fait par excellence des mots *duo rei stipulandi*, *promittendi* pour indiquer la corréalité même produite

qui nous sont connues : par la prononciation de toutes les interrogations avant une réponse unique, quand on voulait établir une corréalité active ; par la prononciation de toutes les réponses après une interrogation unique, quand on voulait établir une corréalité passive[1]. Mais elle a passé de là dans tous les autres contrats[2], même non formels, non seulement dans ceux de droit strict[3], mais dans ceux de bonne foi, dans lesquels elle pouvait naturellement être établie en termes quelconques[4]. Elle pouvait en outre être établie daus un testament par celui qui y faisait un legs, soit passivement à la charge des héritiers grevés du legs, soit activement au profit des légataires[5].

Quant aux raisons pour lesquelles cette clause était insérée dans les actes, c'étaient celles mêmes pour lesquelles les parties pouvaient trouver avantageux d'écarter la division, de rendre le créancier maître de demander le tout à chaque débiteur, de rendre chaque créancier maître de demander le tout au débiteur. La corréalité passive sera établie pour permettre à celui qui vend une chose à plusieurs acheteurs, qui prête une somme à plusieurs emprunteurs de réclamer la dette à celui qu'il voudra, sans être obligé de faire autant de procès qu'il a de débiteurs, sans être exposé à ne toucher qu'une partie au cas d'insolvabilité de l'un des intéressés ; elle pourra aussi servir à réaliser un cautionnement, si celui qui prête de l'argent, qui vend une chose à une seule personne, ne veut pas se contenter de l'engagement de cette personne, déclare par exemple ne vouloir prêter, ne vouloir vendre que si l'acheteur, l'em-

par d'autres contrats (v. par ex. en matière de dépôt et de commodat, Papinien, *D.*, *h. t.*, 9, *pr.*), mais dans la façon dont Marcellus, *D.*, 19, 2, *Locati*, 47, méconnaît encore les règles de la corréalité pour les contrats de bonne foi et dans les termes dans lesquels Papinien, *D.*, *h. t.*, 9, *pr.*, dit qu'elle peut être établie non seulement *verbis*, mais *et ceteris contractibus*. Cf. Mitteis, *Individualisirung*, pp. 59-60.

1. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* Cette forme a fini par n'être pas rigoureusement exigée. Cf. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, *pr.* De plus on semble s'être plutôt servi dans la pratique récente d'une clause dont M. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, pp. 183-184 (cf. *Grundzüge*, pp. 113-115 et ss. ; Collinet, *Etudes historiques*, pp. 122-144), a relevé la présence dans des titres de langue latine et de langue grecque, à laquelle Papinien, *D.*, *h. t.*, 11, *pr.* fait déjà allusion, et où les débiteurs corréaux se portaient cautions les uns des autres en disant *spondemus alterutrum invicem nos obligantes atque fidedicentes*.

2. C'est pourtant un point controversé de savoir si la corréalité pouvait être établie par contrat littéral.

3. *Mutuum* : Paul, *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 71, *pr.* Dioclétien, *C.*, 4, 2, *Si certum*, 5 ; 9 ; 12.

4. Papinien, *D.*, *h. t.*, 9, *pr.* : *Non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato* [insérez : *duo rei fieri possunt* : *item*] *testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit* : *Titius et* [plutôt *aut*] *Maevius Sempronio decem dato*. Sur le système excluant la corréalité en matière de contrats de bonne foi, v. p. 758, n. 3. La corréalité peut aussi être établie par pacte de constitut, d'après Ulpien, *D.*, 13, 5, *De pec. const.*, 16, *pr.*

5. Corréalité passive : Papinien, *D.*, *h. t.*, 9, *pr.* (n. 4). Corréalité active : Celse, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 16.

prunteur et une autre personne s'engagent solidairement envers lui par contrat verbal. La corréalité active était établie quand plusieurs personnes, contractant dans un intérêt commun, voulaient ménager à celle d'entre elles qui serait présente à l'échéance le droit de poursuivre le recouvrement intégral de la dette, sans avoir besoin de lui donner alors de mandat judiciaire, avant qu'on pût lui donner un mandat judiciaire qui n'existe pas sous la procédure des Actions de la loi. Elle pouvait aussi être établie quand une personne, seule intéressée à un acte, voulait mettre à côté d'elle un homme de confiance qui pût, sans mandat judiciaire, dès avant l'introduction du mandat judiciaire, agir contre le débiteur en recouvrement de la dette. Enfin, même en dehors de tout rapport entre les créanciers, elle pourrait être établie par exemple par un testateur qui lègue une somme à celle de deux personnes qui la réclamera la première, par un banquier qui ouvre un crédit à celui de deux clients qui en usera le premier [1].

II. **Effets de la corréalité**. — Les effets de la corréalité, qu'il y ait solidarité passive ou solidarité active, soulèvent deux questions, celles qu'on appellerait aujourd'hui la question de l'obligation et la question de la contribution : d'abord la question des droits du créancier unique contre chacun des débiteurs corréaux, de chaque créancier corréal contre le débiteur unique ; puis la question du règlement de compte, entre créanciers, dans le premier cas, entre débiteurs, dans le second.

Au point de vue de l'obligation, les règles sont sensiblement symétriques en matière de corréalité active et de corréalité passive.

Au cas de corréalité passive, le créancier a contre chaque débiteur tous les droits qu'il aurait contre un débiteur unique ; mais, en les exerçant contre l'un, il les consume en principe contre tous. Il peut demander à chacun un paiement total qui les libérera tous. De même il les libère tous en faisant une acceptilation à l'un, en faisant novation avec l'un [2]. De même encore, il les libère tous par la *litis contestatio* faite avec l'un [3], à moins qu'il ne divise ses poursuites entre eux, comme ils ne peuvent l'y contraindre, mais comme il en a le droit [4], afin de proportionner sa demande aux forces de chacun. Seulement cette dernière

1. V. d'autres hypothèses dans Accarias, 2, n° 553.
2. Paiement : *Inst.*, *h. t.*, 1 (p. 752, n. 2). Acceptilation : *D.*, *h. t.*, 2. Novation : *D.*, 16, 1, *Ad. Sc. Vell.*, 20.
3. Ulpien, *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 5 *in fine* (p. 753, n. 3). De même le serment nécessaire déféré à un débiteur et prêté par lui les libère tous : Ulpien, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 28, 3.
4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, 1. L'opinion indiquée dubitativement par Marcellus, *D.*, 19, 2, *Locati*, 47, selon laquelle, au cas de contrat de bonne foi, la dette se diviserait entre les débiteurs solvables, tient, croyons-nous, à ce qu'il ne se faisait pas encore une idée nette de la corréalité en matière de contrats de bonne foi (p. 753, n. 5) et non pas à la pensée d'une extension aux débiteurs corréaux d'un bénéfice établi par Hadrien pour les cautions.

cause d'extinction a été abolie par Justinien[1], qui, en invoquant une pratique antérieure, a supprimé sous ce rapport le rôle extinctif de la *litis contestatio* et qui a même admis dans le droit des novelles la faculté pour le débiteur corréal poursuivi de demander la division entre lui et tous ses codébiteurs présents et solvables[2]. Il est encore plus évident que la créance est éteinte en face de tous par la perte de la chose survenue sans faute ni mise en demeure d'aucun d'eux. Au contraire, il y a doute pour le cas où la chose a péri par la faute ou après la mise en demeure de l'un d'eux[3], et il n'y a qu'extinction relative, soit au cas de *capitis deminutio* de l'un d'eux[4], soit, à moins qu'il n'y ait communauté d'intérêt entre les codébiteurs, dans quelques autres cas, ainsi dans celui où le créancier a consenti un pacte *de non petendo* à l'un seulement des débiteurs, dans celui où une confusion s'est produite entre le patrimoine du créancier et celui de l'un des débiteurs, dans celui où l'un des débiteurs a une créance opposable en compensation au créancier[5]. D'après un texte formel, l'interruption de la prescription à l'encontre de l'un l'arrête contre tous sous Justinien[6].

1. *C.*, 8, 40 (41), *De fidejuss.*, 28, 2. Ce régime soulève la question nouvelle et controversée de savoir si la chose jugée au profit de l'un des codébiteurs pourra être invoquée par les autres comme celle jugée au profit du débiteur principal peut l'être par la caution d'après un texte sans doute interpolé (*D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 42, 3).

2. Nov. 99. On a essayé de toutes les façons de restreindre la portée de cette innovation visiblement contraire à l'esprit de la convention de solidarité. Mais elle paraît absolument générale. La seule restriction apparente qu'elle contienne, la mention que les codébiteurs se sont portés cautions les uns des autres, perd, semble-t-il, toute portée si l'on se rappelle que telle est à l'époque récente l'expression désignant la convention de corréalité dans les actes (p. 754, n. 1). Cependant, quelques auteurs sont partis de cette terminologie pour soutenir que l'innovation de Justinien serait étrangère aux débiteurs corréaux et se rapporterait uniquement aux cautions réciproques (Ferrini, *Pandette*, pp. 560-561) ou même à certaines d'entre elles, aux cautions simples et non aux cautions solidaires (Collinet, pp. 139-142).

3. Cf. Gérardin, *N. R. H.*, 1884, p. 250-253. La difficulté vient du conflit d'un texte de Pomponius, *D.*, *h. t.*, 18, selon lequel *alterius factum alteri nocet* en matière de faute, et d'un texte de Marcien, *D.*, 22, 1, *De usuris*, 32, 4, selon lequel *alterius mora alteri non nocet* (v. aussi toujours en matière de demeure, Paul, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 173, 2). La solution la plus raisonnable serait celle qui considérerait le débiteur comme responsable seulement de sa faute et de sa demeure, comme libéré lorsque la perte est survenue par la faute ou après la demeure d'un de ses codébiteurs. Mais il est difficile d'expliquer la divergence des deux textes. Il y a beaucoup de systèmes, ainsi un système qui ajoute une négation au texte de Pomponius, un autre qui le croit interpolé à cause de l'innovation de Justinien relative à la prescription et un autre qui suppose une controverse entre jurisconsultes. L'un des moins bons est celui de Pothier adopté par le Code civil, art. 1205, et basé sur une distinction entre le prix de la chose et les dommages-intérêts, que n'ont jamais connue les Romains.

4. *D.*, *h. t.*, 19.

5. Confusion : p. 739, n. 1. Pacte *de non petendo* : p. 728, n. 9. Quant à la compensation, le débiteur peut naturellement opposer en compensation les créances qu'il a lui-même contre le créancier, mais il ne peut opposer celles de son codébiteur que s'ils sont *socii* (*D.*, *h. t.*, 10).

6. Justinien, *C.*, 8, 39 (40), *De duobus reis*, 4 (5).

En matière de corréalité active, chaque créancier a sur la créance la même étendue de droits que s'il était seul, sauf qu'il est exposé à être prévenu dans leur exercice par les droits égaux de ses cocréanciers. Chacun d'eux peut demander le paiement total au débiteur et le débiteur doit payer le plus diligent sans avoir le droit de réclamer le concours des autres ni y avoir aucun intérêt ; car le paiement fait à l'un le libère envers tous. Chacun d'eux peut également le libérer par acceptilation, par novation, malgré une difficulté apparente de texte, et par *litis contestatio* [1]. Et il n'est même pas sûr que l'effet extinctif de la *litis contestatio* ait été ici aboli par Justinien [2]. Au contraire, en matière de *pactum de non petendo*, de confusion et de compensation, il n'y a pas de preuve que le droit acquis contre l'un des créanciers puisse être invoqué contre les autres [3]. Quant au texte sur l'interruption de la prescription extinctive [4], il vise à la fois les deux corréalités.

Reste la question de contribution. Un des créanciers a seul reçu le paiement, seul bénéficié de la créance. Les autres auront-ils un recours contre lui ? L'un des débiteurs a payé, a éteint la dette. Aura-t-il un recours contre les autres ?

On répond par une distinction très connue. Etaient-ils *socii* ou ne l'étaient-ils pas ?

S'ils étaient *socii*, s'ils étaient liés par un rapport de société ou d'indivision, l'action née de ce rapport (*pro socio*, *familiae erciscundae*, *communi dividundo*) permettra de répartir entre tous le profit ou la charge [5]. En outre, au cas de corréalité passive, le codébiteur à qui le paiement est réclamé et qui offre de payer le tout a le droit, dans les mêmes conditions que le fidéjusseur, de demander la cession des actions du créancier pour mieux assurer son recours [6].

S'ils ne sont pas *socii*, il est encore possible qu'il y ait entre eux un rapport de mandat, quand le second créancier était en réalité adjoint au

1. Venuleius, *D.*, 46, 2, *De nov.*, 31, 1. V. aussi pour la libération du débiteur à l'égard de tous par le serment prêté sur la délation de l'un ou par le pacte de constitut conclu par l'un, Ulpien, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 28, *pr.* et Paul, *D.*, 13, 5, *De pec. const.*, 10. La difficulté relative à la novation vient d'un texte de Paul, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 27, *pr.*, où, contrairement au témoignage précis de Venuleius, il refuse au créancier corréal le droit de faire novation. Mais cela paraît dans une discordance singulière avec la solution admise par le même Paul en matière de constitut.

2. La constitution ne parle que du cas de pluralité de débiteurs. Cependant la question est controversée.

3. Il n'y a pas de textes en matière de confusion ni de compensation. En matière de pacte *de non petendo*, consenti par l'un, un texte formel maintient sans distinction le droit d'agir des autres (Paul, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 27, *pr.*).

4. Justinien, *C.*, 8. 39 (40), *De duob. reis*, 4 (5).

5. Ulpien citant Julien, *D.*, 35, 2, *Ad leg. Falcid.*, 62, *pr.*

6. Cela résulte, à tout le moins pour ce cas, des textes qui permettent d'exiger la cession (*D.*, 19, 2, *Locati*, 47 ; *C.*, 4, 65, *Loc.*, 13) et qui, à notre avis, le permettent même en l'absence de société (p. 758, n. 1).

premier comme agent de recouvrement ou le second débiteur adjoint au premier comme caution. Alors l'agent de recouvrement sera soumis à l'action *mandati directa*, la caution aura pour se faire indemniser l'action *mandati contraria*.

Mais il reste une dernière situation : celle où il n'existe de lien d'aucune sorte entre les codébiteurs ou les créanciers. N'y aura-t-il alors après l'extinction de l'obligation aucun règlement de compte entre eux ? Cela paraît difficile à concevoir. Cependant cela semble certain pour la corréalité active ; mais pour la corréalité passive, la seule bien pratique, rien n'empêche d'admettre que le débiteur qui paie puisse, comme le fidéjusseur, se ménager un recours contre les autres obligés en se faisant céder les actions du créancier [1].

§ 2. — Obligations *in solidum*.

Dans le cas d'obligation *in solidum* ou, comme on a dit encore, de solidarité imparfaite, de responsabilité collective, les débiteurs sont bien libérés par le paiement fait par l'un ; mais la *litis contestatio* faite avec l'un ne libère pas les autres, et en conséquence tout le monde admet qu'il y a non seulement pluralité de liens, mais pluralité d'obligations.

I. Sources des obligations *in solidum*. — On a dit que la simple solidarité peut, comme la corréalité, exister activement ou passivement [2]. Les textes nous présentent surtout l'obligation *in solidum* à la charge de plusieurs débiteurs. Quant aux sources dont elle peut naître, on a voulu prétendre, en y voyant une simple variété de la solidarité conventionnelle, que ce serait la solidarité des contrats de bonne foi, tandis que la corréalité serait celle des contrats de droit strict, ou tout au moins que la convention de solidarité ferait naître, sauf disposition expresse contraire, une obligation corréale au cas de contrat de droit strict et une obligation *in solidum* au cas de contrat de bonne foi [3]. A notre sens,

1. V. en sens contraire Accarias, 2, p. 151. L'absence de lien entre le débiteur qui paye et ses codébiteurs objectée par M. Accarias n'est pas un obstacle ; car le fidéjusseur qui demande la cession des actions pour recourir contre ses cofidéjusseurs n'a pas plus de droit préexistant contre eux. Au contraire, on doit reconnaître qu'Ulpien citant Julien, *D.*, 35, 2, *Ad leg. Falcid.*, 62, *pr.*, semble bien admettre le défaut de tout recours en l'absence de société. Mais le droit de requérir la cession des actions est accordé sans distinction par Dioclétien, *C.*, 8, 39 (40), *De duobus reis*, 1 (2), et cette solution peut, comme le remarque M. Dernburg, qui rapporte ingénieusement à cela Papinien, *D.*, *h. t.*, 11, *pr.*, avoir été favorisée par la formule nouvelle où les débiteurs corréaux se portaient en même temps cautions les uns des autres (p. 754, n. 1). Cf. les textes cités p. 757, n. 6.

2. De Ihering, *Iahrbücher*, 24, 1886, pp. 129-186, a écarté deux cas signalés par Puchta (dépôt fait par plusieurs solidairement, où il y a corréalité) et par Windscheid (*D.*, 9, 4, *De nox. act.*, 14, *pr.*, où il y a plutôt responsabilité limitée). Parmi ceux qu'il a lui-même proposés, l'un est écarté par Eisele, p. 476 ; l'autre, qui paraîtrait le plus soutenable, est celui où le constituant d'une dot l'a à la fois promise au mari et léguée à la femme (Ulpien, *D.*, 23, 3, *De J. D.*, 23 ; Julien, *D.*, 30, *De Leg.*, *I*, 84, 6).

3. L'idée d'après laquelle la corréalité serait la solidarité des actions de droit

le phénomène juridique existe en dehors de toute idée de convention, en vertu de l'idée toute différente que, lorsqu'un préjudice a été injustement causé à une personne par plusieurs autres, chaque coupable est tenu de le réparer pour le tout, parce que la responsabilité de chacun ne doit pas être diminuée par le tort des autres, mais le paiement fait par l'un libère les autres, parce qu'ensuite il n'y a plus de préjudice à réparer [1]. Cette idée, qui paraît s'être d'abord développée en matière de délits, était étrangère à l'ancien droit où l'on considérait les actions nées de délits comme pouvant s'intenter cumulativement contre tous les auteurs du délit, ainsi que l'on voit non seulement en matière d'action *furti*, mais en matière d'action de la loi Aquilia [2]. Mais, par un mouvement qui semble encore inconnu de Labéon [3] et dont Sabinius fut peut-être le promoteur [4], on l'a progressivement appliquée, sous l'Empire, au cas où plusieurs personnes se trouvent obligées à réparer le préjudice résultant d'un délit par une action considérée comme réipersécutoire, par exemple par l'action *metus*, par l'action *de dolo*, par l'action *rationibus distrahendis*, peut-être par la *condictio furtiva* [5], puis aussi à celui où

strict et la responsabilité *in solidum* celle des actions de bonne foi, a été exposée par M. Demangeat, *Obligations solidaires*, 1858, et reprise, *N. R. H.*, 1882, pp. 219-240, par M. Hauriou qui seulement exclut de la corréalité les *condictiones sine causa* au sens large. Elle se heurte à la fois aux témoignages selon lesquels la corréalité peut exister dans les contrats de bonne foi (Papinien, *D.*, *h. t.*, 9) et à celui (p. 759, n. 5) selon lequel la *condictio furtiva* s'éteindrait au cas de pluralité des voleurs, par le paiement et non par la *litis contestatio* : c'est même pour éviter ce second texte, dont il ne considère pas l'interpolation comme possible, que M. Hauriou fait une exception relative aux *condictiones sine causa*. L'autre doctrine (Accarias, 2, n° 454) est un moyen terme inventé pour éluder à la fois les deux textes, tout en gardant l'idée selon laquelle l'obligation *in solidum* correspondrait à une variété comme exemples d'obligation *in solidum* ne supposent pas une convention de solidarité, mais une faute commune.

1. V. Gérardin, *N. R. H.*, 1885, p. 444.

2. Action *furti* : p. 417, n. 6. Action de la loi Aquilia : p. 422, n. 2.

3. Cela nous semble, comme à Dernburg-Sokolowski, § 329, n. 6, indiqué par le fragment d'Ulpien, *D.*, 43, 24, *Quod vi aut clam*, 15, 2 (Lenel, 1598), où, en négligeant les obscurités produites par corruption ou interpolation, le jurisconsulte ne paraît pas apercevoir de solution intermédiaire entre le cumul, anciennement appliqué à toutes les actions nées d'un délit (cf. p. 404) et, pour le cas où cette idée paraîtrait trop rigoureuse, la libération par la *litis contestatio* résultant de l'identité de *res* ; on comprendrait même, à notre sens, qu'avant qu'on ne dégageât l'idée des actions réipersécutoires ou mixtes dont le profit ne doit pas se cumuler (p. 407, n. 2), certaines incertitudes doctrinales aient fait classer parmi les obligations corréales sous prétexte d'identité de *res*, des obligations qu'une doctrine plus formée eût considérées comme *in solidum*. On rendrait ainsi compte de ceux des textes relevés par Eisele où l'exclusion de l'effet extinctif de la *litis contestatio* paraît ne dater que de Justinien (cf. par exemple en matière d'édit *de effusis et dejectis*, *D.*, 9, 3, *De his qui eff.*, 3 ; 4, et peut-être en matière de *condictio furtiva*, *C.*, 4, 8, *De cond. furt.*, 1 : n. 5).

4. V. les deux citations de Sabinus, *D.*, 27, 6, *Quod falso tut.*, 8 ; *D.*, 43, 16, *De vi*, 1, 13. 14, relevées par Dernburg ; en sens contraire Eisele, qui considère les deux textes comme interpolés.

5. *Metus* : p. 428, n. 2. Dol : p. 432, n. 1. Action *rationibus distrahendis* : Try-

plusieurs personnes manquent par une faute ou un dol commun à une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle dont elles sont tenues, par exemple, à l'obligation de gérer une tutelle sanctionnée par l'action *tutelae*, à celle de veiller sur une chose prêtée ou déposée, d'exécuter un mandat[1]. Dans tous ces cas, on peut demander la réparation intégrale du préjudice à chacun, parce que la faute des autres ne doit pas diminuer sa responsabilité ; mais on ne peut plus rien demander à aucun, quand la réparation a été fournie, parce qu'un préjudice ne se répare qu'une fois.

II. Effets des obligations *in solidum*. — L'idée même qui fonde la responsabilité collective implique que, si le paiement fait par l'un des débiteurs les libère tous, la *litis contestatio* faite avec l'un ne libère pas les autres[2], même avant Justinien. De plus la novation faite avec l'un, l'acceptilation faite à l'un ne doit pas logiquement libérer les autres[3]. Enfin, si chacun est tenu *in solidum*, le bénéfice de division a été accordé, comme aux cautions, peut-être à tous les débiteurs *in solidum*, tout au moins aux dépositaires et aux tuteurs, quand ils sont tenus à raison d'une faute, mais non pas quand ils le sont à raison de leur dol[4], et le débiteur qui paie le tout peut, afin de recourir contre ses codébiteurs, se faire céder les actions du créancier contre eux, également au cas de faute, mais non à celui de dol[5].

---

phoninus, *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 55, 1. *Condictio furtiva* : p. 420, n. 2. M. Eisele lui-même admet qu'il n'y a non pas corréalité, mais obligation *in solidum* dans les trois premiers cas. Au contraire, il considère, ainsi que faisait déjà, en vertu d'une idée différente, M. Demangeat, la constitution, *C.*, 4, 8, *De cond. furt.*, 1, comme ayant, avant Justinien, admis l'extinction de cette *condictio* par la *litis contestatio*.

1. Tuteurs : Julien, *D.*, 26, 7, *De adm. tut.*, 18, 1. Ulpien, *D.*, 27, 3, *De tut. et rat. distr.*, 15. Locataires, commodataires : Ulpien, *D.*, 13, 6, *Commod.*, 5, 15. Dépositaires : Ulpien, *D.*, 16, 3, *Dep.*, 1, 43. Mandataires : Ulpien, *D.*, 11, 6, *Si mensor*, 3, *pr.* (textes qu'à la vérité M. Eisele considère tous comme interpolés et comme ayant à l'origine admis une véritable corréalité résultant, sans convention, de l'identité de la cause de la dette). Il y a encore une obligation *in solidum* (admise cette fois par M. Eisele lui-même), quand plusieurs personnes ayant donné indépendamment le mandat de faire le même prêt sont tenues chacune de tout le préjudice : Papinien, *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 52, 3.

2. V. par exemple Ulpien, *D.*, 16, 3, *Dep.*, 1, 43 : *Non enim electione sed solutione liberantur.*

3. Cf. Gérardin, pp. 482-403, qui invoque notamment en ce sens Ulpien, *D.*, 27, 3, *De tut.*, 15, et qui applique le même principe de l'effet purement personnel au serment et, à l'inverse, à l'interruption de prescription.

4. Marcellus, *D.*, 16, 3, *Dep.*, 22. Ulpien, *D.*, 27, 3, *De tut.*, 1, 11. 12. Mais il en serait autrement au cas de dol, dit explicitement Marcellus et dit implicitement Ulpien (n. 5).

5. Ulpien, *D.*, 27, 3, *De tut.*, 1, 13. 14, qui nous apprend en même temps qu'au cas où le tuteur, simplement coupable de faute, avait droit à la cession et ne l'avait pas obtenue, des constitutions impériales lui accordaient néanmoins comme actions utiles les actions qu'il n'avait pas comme actions *mandatae*.

CHAPITRE II. — ADJONCTION AUX PARTIES PRINCIPALES DE CRÉANCIERS OU DE DÉBITEURS ACCESSOIRES

§ 1. — Adjonction de créanciers accessoires au créancier principal.

L'adjonction au créancier principal d'un créancier accessoire peut se faire soit *jure civili* par une *adstipulatio* [1] où, une fois le contrat principal formé, l'*adstipulator* stipule, dans un contrat verbal distinct [2], du débiteur ce que celui-ci doit déjà au créancier (*idem*), soit *jure praetorio* par un pacte de constitut où le débiteur s'engage à nouveau au paiement envers le créancier accessoire. L'*adstipulator*, duquel seul nous dirons un mot, avait sur la créance les mêmes droits que le créancier principal. A la différence de l'*adjectus solutionis gratia* [3] qui peut seulement recevoir paiement, il peut éteindre le droit du créancier principal non seulement en recevant paiement, mais en faisant *litis contestatio*, acceptilation. Ses actes étaient valables, comme ceux du créancier, sauf à lui à en être responsable selon les règles ordinaires, si, comme il arrivait normalement, il était le mandataire du créancier principal [4]. Quant aux raisons pour lesquelles un créancier consentait à mettre ainsi à côté de lui un créancier accessoire ayant des droits égaux aux siens, la grande utilité de l'*adstipulatio*, comme de la corréalité active, a été de permettre au créancier, sous les Actions de la loi, de constituer quant à la créance elle-même le fondé de pouvoir susceptible d'intenter l'action [5] qu'il n'aurait pu alors constituer quant au procès. A l'époque classique, Gaius lui reconnaît pour seule utilité de permettre d'éluder d'une manière ju-

1. Gaius, 3, 110-114. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 178.
2. L'existence d'un contrat distinct ayant le même objet que le contrat principal sépare, dans la forme, notre cas, où il y a à la fois un créancier principal et un créancier accessoire, du cas de corréalité active, où le débiteur s'engage envers tous les créanciers principaux dans un contrat unique. On cite souvent dans un sens large le cas d'*adstipulatio* comme un cas de corréalité active.
3. V. sur l'*adjectus solutionis gratia*, la p. 458, n. 1.
4. On pourrait théoriquement concevoir pour lui comme pour l'*adjectus* qu'il fut un donataire, et il ne serait pas non plus difficile de construire des hypothèses ou, après avoir touché, il ne devrait pas rendre compte. Mais Gaius, 3, 111, regarde les deux idées d'*adstipulatio* et de mandat comme inséparables. Et c'est sans doute en vue du rôle de mandataire joué normalement par l'*adstipulator* que se sont constituées certaines règles propres à l'*adstipulatio* signalées par lui, 3, 114 : intransmissibilité de la créance aux héritiers de l'*adstipulator* ; non-acquisition de la créance au *paterfamilias* de l'*adstipulator* dont l'*adstipulatio* sera nulle si c'est un esclave ou une personne *in mancipio*, qui, si c'est un fils de famille, pourra seulement agir après être devenu *sui juris* sans avoir perdu la créance par *capitis deminutio*. Mais il ne faudrait aucunement conclure de là que l'*adstipulator* ait été dès sa création tenu de l'action du contrat consensuel de mandat. La preuve du contraire est fournie par le second chef de la loi Aquilia (p. 422, n. 5).
5. En conséquence les textes littéraires nous montrent des gens faisant métier de jouer le rôle d'*adstipulatores* : Pseudo-Cicéron , *Ad Octav.*, 9 : *Esse quemdam cujus avus fuerit argentarius, adstipulator pater, uterque vero precarium quaestum fecerit.* Cicéron, *In Pis.*, 9, 18 : *Advocato aut adstipulatore.*

ridiquement contestable la prohibition des stipulations faites pour après la mort du stipulant[1].

§ 2. — Adjonction au débiteur principal de débiteurs accessoires.

Les débiteurs accessoires sont (comme certains des débiteurs principaux pourraient eux-mêmes l'être, avons-nous vu, au cas de corréalité) des cautions, des personnes dont le créancier exige l'engagement pour se protéger contre l'insolvabilité éventuelle du débiteur[2].

En laissant de côté les sûretés personnelles (*praedes*[3], *vades*[4]) qui

1. Gaius, 3, 117. Cf. p. 459, n. 1.

2. *D.*, 46, 1, *De fidejussoribus et mandatoribus. Inst.*, 3, 20, *De fidejussoribus*. Cf. Karlowa. *R. R. G.*, 2, pp. 730-739. Appleton, *R. hist. de droit français et étranger*, 1876, pp. 541-581 ; *Z. S. St.*, 26, 1905, pp. 1-48 ; *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 1-19. E. Levy, *Sponsio fidepromissio und fidejussio*, 1907. Cf. sur le droit assyro-babylonien, P. Koschaker, *Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht*, 1911 (Compte-rendu de Partsch, *Götting. Gel. Anzeigen*, 1913, pp. 13-37) et sur l'ancien droit grec, J. Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, 1, 1909.

3. Cf. Mommsen, *Stadtrechte v. Salpensa u. Malaca*, 1855, pp. 466-478 (*Ges. Schr.*, 1, pp. 357-369). *Z. S. St.*, 23 1902, pp. 439-441 (*Ges. Schr.*, 3, pp. 147-149) ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 47-59. Les *praedes*, qui n'existent plus sous Justinien, sont les cautions reçues pour leurs créances par l'Etat et à son imitation, par les cités de citoyens et par les cités latines de l'empire. Ils s'engageaient, semble-t-il, habituellement sur une interrogation du magistrat représentant du créancier dans la formule : *Praes es ? praes sum* (Varron, *De l. L.*, 6, 74 ; Festus, v° *Praes*). Par un phénomène qui se retrouve dans les modes de cautionnement d'autres législations anciennes, leur intervention paraît avoir eu pour effet de libérer le débiteur antérieurement tenu, ainsi que montre, par exemple, l'inscription de Pouzzole, *Textes*, p. 855, dans laquelle un soumissionnaire de travaux publics, voulant rester lui-même tenu à côté de ses garants, n'a d'autre ressource que de se porter son propre *praes* (cf. la loi municipale de Tarente, l. 9, *Textes*, p. 64), et sous ce rapport, ils sont plutôt des débiteurs corréaux que de véritables cautions adjointes à une dette principale. Ils étaient sans doute, à l'origine, soumis à l'exécution sur la personne, qui naturellement fonctionnait aussi bien contre les débiteurs de l'Etat que contre ceux des particuliers, qui ne devait se distinguer que par une rigueur plus grande résultant de l'absence des formes de la procédure civile (cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 203). Mais en vertu d'un mouvement général accompli pour toutes les créances de l'Etat (cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 4, p. 251), l'exécution sur la personne a de bonne heure été remplacée pour eux pour l'exécution sur l'ensemble du patrimoine. La principale difficulté relative à cette exécution est de savoir en quel sens la loi de Malaca, c. 63-65, qui déclare expressément reproduire les règles en vigueur à Rome, distingue une première *venditio praedum* faite *lege praediatoria* et une seconde *venditio in vacuum*, certainement plus désavantageuse pour le *praes* (cf. Suétone, *Claud.*, 9), faite si la première n'a pu se conclure faute d'acheteur. Suivant une doctrine, la première vente serait faite pour une mise à prix égale au montant de la dette du *praes* et, faute d'acquéreur à ces conditions, on ferait la seconde à un taux quelconque. Suivant une autre opinion, la *venditio lege praediatoria* laisserait au *praes* une faculté de racheter l'immeuble en soldant sa dette (à laquelle se rattacherait l'*usureceptio ex praediatura* signalée par Gaius, 4, 61, comme ayant lieu, sans bonne foi, par un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles au profit de celui dont le peuple a vendu la chose), et la *venditio in vacuum* aurait un effet irrévocable.

4. Cf. sur les *vades*, *Organisation judiciaire*, 1, p. 73, n. 1. Fliniaux, *Le vadimonium*, Thèse Paris, 1908, pp. 1-35. L. Debray, *N. R. H.*, 1910, pp. 142-148. 521-563. Le travail de M. Voigt, *Ueber das Vadimonium*, 1881, est également riche en indications de sources et en conjectures aventureuses. Les *vades* sont des cau-

nous paraissent n'avoir jamais fonctionné à Rome qu'en matière de procédure et de contrats avec l'Etat[1], le cautionnement a commencé par se réaliser à Rome au moyen du contrat verbal qui d'ailleurs a probablement servi moins tôt à faire naître une dette accessoire à côté de la dette principale qu'à faire naître en même temps la dette principale de plusieurs débiteurs corréaux[2]. Au début, le débiteur accessoire était juxtaposé au débiteur principal dans la forme la plus romaine du contrat verbal, dans celle de la *sponsio*, à côté de laquelle on introduisit bientôt pour rendre le contrat accessible aux pérégrins la forme de la *fidepromissio*. Mais ces deux formes, dont l'emploi remonte là peut-être au temps où le contrat verbal n'avait pas encore dépouillé son caractère primitif de serment religieux, qui plus tard se réduisent à l'interrogation et à la réponse : *Idem spondesne ? spondeo* ; *idem fidepromittisne ? fidepromitto*, avaient dès le principe des défectuosités qui augmentèrent avec le temps. D'abord ces contrats ne pouvaient servir à cautionner que des dettes nées *verbis*[3], et il est probable qu'anciennement ils ne pouvaient le faire qu'au moment de la formation du contrat principal[4].

tions de comparution judiciaire qui s'engagent en droit récent par stipulation ; mais elles étaient anciennement données dans des formes spéciales ignorées, qu'Aulu-Gelle, 16, 10, 10, signale comme disparues à la suite de la loi Aebutia.

1. On a souvent soutenu soit que les *praedes* auraient pu intervenir dans les rapports des particuliers, soit que les *vades* auraient pu le faire en dehors des rapports de procédure (v. en dernier lieu, Lenel, *Z. S. St.*, 23, 1902, pp. 96-99, qui, en partant de sa doctrine sur le *nexum*, p. 491, n. 2, considère le *vadimonium* comme le plus ancien mode de contracter). Mais les textes invoqués sur les deux points ne nous semblent pas probants. Pour les *vades*, celui de Varron, *De l. L.*, 6, 74, qui en parle en matière de mancipation s'entend mieux que de toute autre façon de *vades* donnés au cours d'un procès. Cf. Girard, *N. R. H.*, 1883, pp. 553-554 ; Debray, pp. 534-564. Pour les *praedes*, c'est à tort qu'on présente les *praedes litis et vindiciarum* (p. 343) comme fournis sinon en matière de contrats privés, au moins à un particulier. Celui qui les fournit les donne au magistrat qui a la chose depuis qu'il a ordonné aux deux parties de la laisser (*mittite ambo hominem*) et qui la lui remet sur cet engagement (Gaius, 4, 16) : si le gagnant peut se prévaloir de leur constitution, c'est en vertu d'une cession de la créance de l'Etat identique à celle qui fait la créance de l'Etat passer sans formalités aux fermiers des revenus publics ou même aux adjudicataires de la *venditio praedum*.

2. V. en ce sens Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 282, n. 2 ; en sens contraire, Hauriou, *N. R. H.*, 1882, pp. 227-231. Cette antériorité résulte, à notre avis, de la forme même de l'acte. L'ancien droit aurait vu dans la promesse de l'objet de la première dette une novation comme dans celle du *praes* (p. 762, n. 3). La forme de la stipulation corréale a précisément été imaginée parce qu'elle seule permettait de mettre ensemble plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs sans que la venue du dernier libérât les autres, toutes les obligations naissant du même contrat successif. L'admission d'une dette accessoire s'ajoutant à la dette principale sans la nover appartient déjà à un âge plus récent. — Le développement aurait encore été différent si l'on admettait avec M. Mitteis, *Festschrift Bekker*, 1907, pp. 126-129, que la *sponsio* n'émanait d'abord que de la caution à l'exclusion du débiteur principal. Mais voir les objections de Lévy, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 398-405 et de Debray, *N. R. H.*, 1910, pp. 531-534.

3. Gaius, 3, 119.

4. L'opinion selon laquelle les *sponsores* et les *fidepromissores* devraient s'engager au même moment que le débiteur principal a été autrefois très répandue.

Ensuite, en vertu d'une règle qui semble remonter à une antiquité juridique reculée, à la conception primitive que presque tous les peuples se sont faite du cautionnement, l'engagement de ces cautions s'éteint par leur mort, ne passe pas à leurs héritiers [1]. De plus, une loi spéciale motivée par des considérations politiques, la loi Furia, accorda aux cautions d'Italie deux privilèges de nature à rendre leurs engagements moins pénibles, mais aussi par contre-coup à diminuer la sûreté des créanciers : aux termes de cette loi, les *sponsores* et les *fidepromissores* d'Italie sont libérés par l'expiration d'un délai de deux ans depuis l'échéance de la dette et, quand il y en a plusieurs, le créancier, au lieu de pouvoir demander le tout à chacun, est obligé de diviser sa poursuite entre ceux vivants à l'échéance, qu'ils soient solvables ou non [2].

Pour éviter ces inconvénients anciens ou nouveaux, pour donner aux créanciers une sécurité plus grande, la pratique inventa une autre forme de cautionnement verbal, la *fidejussio*, où la caution assume, par une sorte de *jussum*, les conséquences de l'acte [3], probablement en répondant à une interrogation portant quelque chose comme: *Fide ne tua id esse jubes?* [4]

Elle a perdu beaucoup de terrain surtout à cause de la loi Cicereia qui prouve que les cautions peuvent ne pas se connaître (p. 760, n. 1). Mais la loi Cicereia ne prouve cela que pour l'époque fort récente où elle a été rendue. Pour les temps plus anciens, il y a de sérieuses raisons de croire que, comme la plupart des législations archaïques, le droit romain a commencé par exiger que l'engagement des cautions suivît immédiatement celui du débiteur principal. Non seulement cette idée fournit une transition entre le système où l'intervention, même immédiate, d'une partie nouvelle entraîne novation et celui où cette intervention peut se produire même longtemps après la formation de la dette principale. Non seulement elle explique comment la formule *idem spondesne* a pu suffire d'abord partout avant d'être complétée par des formules telles que *quod Titius mihi spopondit, idem spondesne* ; non seulement elle rend seule bien compte de la façon dont Justinien parle du moment où peut intervenir le fidéjusseur, *Inst.*, *h. t.*, 3, à la fin d'un développement faisant opposition aux règles de la *sponsio*. Mais surtout, si la doctrine encore défendue par les Sabiniens selon laquelle l'addition d'un *sponsor* est une cause de novation (p. 710, n. 2), a pu subsister même après qu'on pouvait l'adjoindre sans novation, elle n'a pu naître qu'au temps où il fallait refaire le contrat pour joindre ce *sponsor* au débiteur principal.

1. Gaius, 3, 120, où l'on remarquera la réserve relative au *fidepromissor* pérégrin dont le droit plus avancé admettrait la transmissibilité ; sur l'intransmissibilité primitive de l'obligation de la caution, en droit germanique et en droit hindou, cf. Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, pp. 89-90. 131-132 ; Kohler, *Z. für vergl. R. W.*, 2, 1882, p. 183.

2. Gaius, 3, 121 (p. 758, n. 2). Cf. p. 759, n. 1 ; p. 765, n. 4.

3. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 1, p. 510. Karlowa, p. 732.

4. On admet très généralement que tous les *adpromissores* promettent la même chose que le débiteur principal en employant le mot *idem*. Mais, ainsi que l'a justement relevé M. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 182-189, cette formule qui ne s'accorderait peut-être pas parfaitement avec l'idée du *jussum* n'est pas pour le fidéjusseur la formule des textes. Ce qu'ils disent de lui, ce n'est pas qu'*idem fide jubet*, c'est qu'*id fide sua esse jubet*. V. surtout parmi les textes cités par M. Pernice, p. 182, n. 3. Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 75, 6 : *Id fide tua esse jubes ?* et l'acte de Transylvanie, *Textes*, p. 842 : *Id fide sua esse jussit Titius Primitius d(ie) s(upra) s(cripta) s(ortem) cum u(suris) r(ecte) p(robe) s(olvi)*. Ajoutez les actes de vente n[os] 1, 3, 5. *Textes*, pp. 844-846. 847. Les textes où la caution

[library stamp]

Tant les règles anciennes que celles de la loi Furia ne pouvaient naturellement viser que la *sponsio* et la *fidepromissio* seules connues jusqu'alors ; on en conclut que ces règles ne s'appliquaient pas au fidéjusseur : qu'il pourrait garantir des obligations nées d'une source quelconque ; que son engagement passerait à ses héritiers ; qu'il ne serait pas libéré par les deux ans de la loi Furia et qu'il pourrait, malgré l'existence de cofidéjusseurs, être poursuivi pour le tout[1].

Ces trois formes de cautionnement verbal ne satisfaisaient pas encore à tous les besoins. Etant réalisé *verbis*, le cautionnement était impossible, quand le contrat verbal ne pouvait être fait, entre sourds et muets, ce qui n'est pas très grave, et entre absents, ce qui l'est beaucoup plus. Afin de combler la lacune, on introduisit deux derniers modes de cautionnement consensuel, possibles entre absents : l'un avant l'obligation principale, le *mandàtum pecuniae credendae*, où la caution donne mandat au créancier de prêter au débiteur et où, par une application un peu irrégulière des règles du mandat, on décide qu'elle sera comme tout mandant tenue envers le mandataire par l'action *mandati contraria* de l'indemniser du dommage causé par l'exécution du mandat, ici par le prêt[2] ; l'autre après, le pacte de constitut ou de *receptum* par lequel la caution se porte *jure praetorio* débitrice envers le créancier de ce que lui doit déjà le débiteur principal[3].

promet *idem* ne se rapportent pas au fidéjusseur (Varron, *De l. L.*, 6, 69 ; Pomponius, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 5, 2) ou ne lui ont été rapportés que par des interpolations (v. par ex. Julien, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 34, 1 : Lenel, 717) ou par des corrections gratuites venant d'idées préconçues (acte de vente n° 1 ; le texte de Gaius, 3, 116, est au moins incertain). Au reste la doctrine a, malgré la différence de formule, considéré l'obligation du fidéjusseur comme ayant aussi bien que celle des autres *adpromissores* nécessairement le même objet que celle du débiteur principal, V, p. 766, n. 6, p. 768, n. 1.

1. Gaius, 3, 119. 120. 121. L'introduction de la *fidejussio* paraît postérieure à la loi Furia du VI[e] siècle (p. 770, n. 4) et même à la loi Cicereia, du milieu du VII[e] (p. 760, n. 1). En revanche, elle est, à notre avis, d'après l'interprétation naturelle de Gaius, 3, 124, antérieure à la loi Cornelia (p. 766, n. 9), qui est elle-même antérieure, d'après le même Gaius, 3, 125, à la loi d'Auguste sur la *vicesima hereditatis* de l'an 759 de Rome, 6 ap. J.-C. et que l'on attribue souvent au dictateur L. Cornelius Sulla. Cette dernière attribution conduirait à placer la création de la *fidejussio* au milieu du VII[e] siècle de Rome. Mais elle est gratuite (cf. par ex. p. 41, n. 3) et M. Levy nous paraît avoir établi, pp. 117-124, que l'existence de la *fidejussio* au VII[e] siècle est incompatible avec l'absence absolue de témoignage qui lui soit relatif avant Labéon. Cela porte à penser qu'elle a été créée sinon par Labéon, comme pense M. Levy, au moins et plus probablement un peu avant lui, dans la première moitié du VIII[e] siècle de Rome, et que la loi Cornelia a été rendue un peu après, également vers la première moitié du VIII[e] siècle.

2. Cette opération est, comme on le voit, un doublet de la *fidejussio* (p. 764, n. 4). Gaius, 3, 156, nous apprend que sa validité était contestée par Servius Sulpicius, en vertu des principes du mandat (p. 583, 2°) et a été admise sous l'influence de Sabinus ; Julien exprime la conclusion en disant, *D.*, 17, 1, *Mandati*, 32 : *Neque enim multo referre (puto) praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens vel praesens mandet*. V. en dernier lieu, Bortolucci, *B. Ist. D. R.*, 27, 1915, pp. 128-191.

3. V. p. 615, n. 5, pour le constitut et p. 617, n. 6, pour le *receptum argentarii*.

Nous allons étudier ici, en même temps, pour l'*adpromissio*, pour les pactes prétoriens de constitut et de *receptum* et pour le *mandatum pecuniae credendae*, les conditions d'existence, les effets et l'extinction du cautionnement.

I. Conditions d'existence de cautionnement. — Sans parler de la conclusion du contrat verbal, du mandat et du pacte, parmi lesquels seul ce contrat verbal a des formes sacramentelles fort atténuées ici comme partout avec le cours des temps[1], le cautionnement implique, pour exister : 1° une dette principale à garantir qui, pour la *sponsio* et la *fidepromissio*, devait être née *verbis*, mais qui en dehors de cette réserve pouvait indifféremment être civile ou naturelle[2], née d'une source ou d'une autre[3], même principale ou accessoire (*fidejussor fidejussoris*)[4] ; 2° une dette accessoire qui ne peut être assumée, quant à la personne, que par une personne capable de s'obliger pour autrui[5], mais qui surtout, quant à l'objet, est soumise à certaines règles précises. Dans l'*adpromissio* l'obligation du débiteur accessoire a nécessairement le même objet que celle du débiteur principal[6]. Dans le constitut, cet objet peut être ou n'être pas le même[7]. Dans le *mandatum pecuniae credendae*, où le mandant contracte simplement l'obligation indéterminée d'indemniser du préjudice causé par le mandat, il est toujours différent. Mais, quel que soit le procédé, l'obligation de la caution ne peut excéder l'obligation principale[8]. La caution peut s'engager à moins que le débiteur principal (et même une loi Cornelia de portée peu claire fixa au taux de son engagement un maximum assez bas[9]) ; mais elle ne peut s'engager à plus. Si elle s'est enga-

1. V. par ex., Ulpien, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 30 : *Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia sollemniter acta*. *Inst.*, *h. t.*, 7 ; 8. Cf. pp. 488-490.

2. *Adpromissio* : Gaius, 3, 119. 119 *a*. Constitut : p. 615, n. 2. *Mandatum pecuniae credendae*, à plus forte raison : p. 778, n. 3.

3. Il semblerait que le mandat, intervenant avant l'obligation principale, ne peut s'appliquer à l'obligation née d'un délit ; mais ce n'est qu'une apparence : il peut, comme la fidéjussion, intervenir pour amener le créancier à concéder un délai ; car celui qui donne mandat au créancier de concéder un délai est tenu (*D.*, 17, 1, *Mandati*, 12, 14). Le constitut, quoique s'appliquant seulement à l'argent et aux denrées, peut garantir toutes les dettes parce qu'il peut avoir un objet différent de celui de la dette principale (n. 7).

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 12.

5. Le *receptum* ne pourrait aussi être conclu que par un banquier.

6. Javolenus, *D.*, *h. t.*, 42. La raison donnée par le jurisconsulte n'est guère qu'un jeu de mots. Le vrai motif est, croyons-nous, dans le caractère formaliste originaire de la *sponsio* et de la *fidepromissio* où le mot *idem* employé par les parties distinguait la stipulation accessoire d'une nouvelle stipulation principale indépendante ou d'une stipulation novatoire et dont la doctrine a transporté les règles à la *fidejussio*. Cela n'empêche d'ailleurs pas que les actions ne puissent être différentes (*fidejussio* de l'obligation de payer un prix de vente).

7. Ulpien, *D.*, 13, 5, *De pec. const.*, 1, 5.

8. *Inst.*, *h. t.*, 5. Cela n'empêche pas que l'obligation accessoire ne puisse avoir une énergie plus grande que l'obligation principale (cautionnement d'une obligation naturelle, n. 2).

9. Gaius, 3, 124-125. Cette loi, commune à toutes les cautions verbales, défendait

gée à plus, son engagement sera nul, croyons-nous, au cas d'*adpromissio* [1] ; il sera simplement réduit au cas de constitut et de *mandatum pecuniae credendae* [2]. Mais il ne vaudra jamais pour plus que le montant de la dette principale.

II. Effets du cautionnement. — Les effets du cautionnement doivent être étudiés, comme ceux de la solidarité passive, soit au point de vue du droit de poursuite du créancier contre les débiteurs accessoires, soit à celui du recours de chaque caution contre les autres cautions et contre le débiteur principal.

1. *Droit de poursuite.* Le cautionnement a en principe pour effet de donner au créancier dans la caution un nouveau débiteur contre lequel sa créance a la même efficacité que contre le débiteur principal. Mais, ce principe posé, il faut, pour étudier à la fois son fonctionnement et les dérogations qui y ont été apportées, prendre successivement le cas simple où il n'y a qu'une caution et le compliqué où il y en a plusieurs.

a) *Caution unique.* Le cautionnement a pour effet de donner au créancier un second débiteur accessoire, qui est tenu par une action de droit strict, dans l'*adpromissio*, par une action de bonne foi, dans le *mandatum pecuniae credendae*, par une action prétorienne, dans le constitut, mais contre lequel sa créance a la même étendue et la même énergie juridique que contre le débiteur principal.

En conséquence le créancier peut demander au débiteur accessoire tout ce qu'il pourrait demander au débiteur principal, non seulement le montant de la dette, mais tout ce qui s'y rattache implicitement [3].

En conséquence et surtout, il peut, s'il le veut, agir en premier lieu contre la caution sans être astreint à poursuivre préalablement le débiteur principal [4].

en principe qu'une personne s'engageât pour une autre envers le même créancier pour un montant de plus de 20.000 sesterces (un peu moins de 4.500 fr.). V. sur sa date, la p. 765, n. 1. Cf., sur sa sanction, Lenel, *Edictum*, p. 211 (et un peu différemment *Edit.*, 1, pp. 247-248) ; Senn, *Leges perfectae*, thèse Paris, 1902, p. 117, et sur son application aux stipulations prétoriennes, Lenel, *Edictum*, p. 505 (modifiant *Ed.*, 2, pp. 279-277).

1. Cela résulte, à notre sens, à la fois du caractère rigoureux du contrat verbal et d'un texte (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 7 : *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari*).

2. Cela résulte du jeu même des principes du mandat pour le *mandatum pecuniae credendae* et d'un texte formel pour le constitut (*D.*, 13, 5, *De pec. const.*, 11, 1).

3. Ainsi la *mora* du débiteur principal produit effet, contre la caution (Paul, *D.*, 22, 1, *De usuris*, 24, 1 : *Cum reus moram facit et fidejussor tenetur*). En conséquence, en supposant une dette de bonne foi garantie par un fidéjusseur, la mise en demeure adressée au fidéjusseur tenu par un contrat de droit strict ne fera pas courir les intérêts contre lui (p. 663), mais celle adressée au débiteur principal tenu d'une dette de bonne foi les fera courir contre lui et par contre-coup contre le fidéjusseur (Paul, *D.*, 19, 2, *Locati*, 54, *pr.*).

4. Si même l'on remarque que la personne à qui l'on demande une caution est souvent d'une solvabilité douteuse, on comprendra facilement, ainsi que le fait

En matière d'*adpromissio*, cette liberté d'option laissée au créancier était, au moins au cas de *sponsio* et de *fidepromissio*, une conséquence naturelle de la formule du contrat verbal où le débiteur promettait purement et simplement de payer l'objet de la dette (*idem*, et non pas conditionnellement de payer si le débiteur ne payait pas : de plus elle était commandée par la règle de procédure selon laquelle on ne peut faire deux procès à raison du même droit ; le jeu de la *litis contestatio* fait que le créancier ne pourra pas plus poursuivre successivement l'*adpromissor* et le débiteur principal que deux débiteurs corréaux [1] : l'*adpromissio* ne servirait donc à rien, si le créancier était obligé, avant d'agir contre la caution, d'intenter contre le débiteur principal une poursuite qui libérerait la caution. Il peut poursuivre celui des deux qu'il veut ou même, s'il ne croit ni l'un ni l'autre en état de payer le tout, les poursuivre tous deux pour partie [2]. Au cas de *mandatum pecuniae credendae* et de constitut, la poursuite contre le débiteur principal ne libère pas la caution [3]. Mais cependant la règle du libre choix, qu'on avait l'habitude de voir fonctionner dans le cautionnement verbal, a été transportée par routine à ces modes de cautionnement plus récents [4].

Seulement, comme il arrive souvent pour les principes de droit très rigoureux, les jurisconsultes inventèrent des expédients pour soustraire le créancier à l'effet de la *litis contestatio* et la caution à la nécessité de payer quand le débiteur principal était en état de le faire.

Le premier consistait à rédiger le contrat de telle façon que la poursuite contre une des parties n'éteignît pas le droit contre l'autre et qu'elle ne fût possible contre la caution qu'après avoir été faite infructueusement contre le débiteur principal. C'est ce qui arrive dans la *fidejussio indemnitatis* où le créancier stipule du débiteur accessoire *quanto minus a reo consecutus fuerit*. Les deux créances, ayant des objets distincts, peuvent être exercées successivement et on a admis, après quelque hésitation, que le créancier doit discuter le débiteur principal avant de pouvoir soutenir que le débiteur accessoire soit tenu envers lui [5].

observer M. Esmein, p. 87, que la caution apparaisse comme la première exposée aux poursuites. Mais un courant d'idées distinct neutralisait celui-là à Rome, où c'était un manque d'égards envers le débiteur principal de poursuivre les cautions quand il était solvable et où cette impertinence pouvait même motiver de sa part une action d'injures. Cf. Cicéron, *Ep.*, 16, 15 ; Pseudo-Quintilien, *Declam.*, 273 ; *D.*, 47, 10, *De injuriis*, 19.

1. Paul, *Sent.*, 2, 17, 16. Ici comme en matière de conditions de validité (p. 766, n. 6), la doctrine a, malgré les doutes qu'eût pu soulever la formule, imposé à la *fidejussio* l'identité d'objet avec l'obligation du débiteur principal qui résultait pour les autres cautionnements verbaux des termes mêmes du contrat.

2. Ulpien, *D.*, 45, 2, *De duob. reis*, 3, 1.

3. Paul, *Sent.*, 2, 17, 16. Ulpien, *D.*, 13, 5, *De pec. const.*, 18, 3.

4. Dioclétien, *C.*, 8, 40 (41), *De fidejuss.*, 19, dit, en termes généraux, qu'au cas de *fidejussio*, de mandat ou de tout autre cautionnement, le créancier a la *libera electio*.

5. Le système du droit développé est exposé par Papinien et Paul, *D.*, 45, 1, *De*

Un autre procédé pouvait intervenir, non plus au moment de la formation du contrat, mais à celui de son échéance, de la menace de poursuites. Le débiteur accessoire, l'*adpromissor*, qui croit le débiteur principal solvable et qui veut éviter d'être poursuivi le premier, peut, si le créancier y consent, lui donner mandat de poursuivre le débiteur principal. En poursuivant le débiteur principal en vertu de ce mandat, le créancier éteindra l'action née de la *fidejussio*, mais, s'il n'est pas payé par le débiteur principal, il aura contre le fidéjusseur l'action née du mandat [1].

Un dernier procédé plus direct est une convention entre le créancier et le fidéjusseur par laquelle celui-ci renonce à se prévaloir de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, consent à se laisser poursuivre malgré elle si le débiteur principal ne paie pas. Cette convention eût été évidemment nulle dans l'ancien droit où la règle de l'effet extinctif était d'ordre public, quant au fond, et où, quant à la forme, le simple pacte ne pouvait donner une action remplaçant celle éteinte de plein droit par la déduction en justice. Plus tard, on a pu, en négligeant le premier point de vue et en se tenant au second, admettre, dans les cas où la *litis contestatio* opérait seulement *exceptionis ope*, que cette exception serait paralysée par une réplique tirée de la convention de renonciation à l'effet extinctif [2] et Justinien nous apprend que cette convention était de style de son temps. C'est même en partant de cette clause de style qu'il a déclaré, dans une constitution de l'an 531, abolir l'effet libératoire produit par la *litis contestatio* au cas de pluralité de débiteurs [3].

A partir de cette constitution, la *litis contestatio* faite avec le débiteur principal a laissé subsister la créance contre le fidéjusseur, comme elle avait toujours laissé subsister celle contre le *mandator pecuniae credendae* ou le constituant. Mais, à partir d'alors aussi, la liberté de choix laissée au créancier, qui ne s'était jamais expliquée que pour l'*adpromissor*, ne s'expliqua plus nulle part. Le créancier n'épuise plus son droit en poursuivant le débiteur principal avant la caution. Il n'y a plus d'obstacle à lui imposer dans ses poursuites un ordre conforme à la destination économique du cautionnement dont le but est de protéger le créancier contre l'insolvabilité du débiteur. Justinien créa quelques années après, en l'an 535, au profit de la caution, le bénéfice d'ordre ou de discussion, en lui permettant de renvoyer le créancier qui la poursuivrait

V. O., 116. Mais cf. sur le second point, Celse, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 42 *pr.* et les observations de Gide, *Novation*, p. 150, n. 2.

1. *Inst.*, 3, 26, *Mandati*, 2.

2. Cf. les constitutions de Caracalla et de Dioclétien, *C.*, 8, 40 (41), *De fidejuss.*, 5 : 19.

3. *C.*, 8, 40 (41), *De fidejuss.*, 28.

en permier lieu à discuter d'abord le débiteur principal dans des conditions qu'à vrai dire il détermine seulement en partie[1].

b) *Pluralité de cautions*. Au cas de pluralité de cautions, le principe est que le créancier a contre chacune les mêmes droits qu'il aurait contre une caution unique. Chac une est obligée pour le tout envers lui. Il peut jusqu'à ce qu'il soit payé, poursuivre successivement les *mandatores pecuniae credendae*, parce que la *litis contestatio* avec l'un ne libère pas plus les autres que celle avec le débiteur principal[2]. Il peut, pour la même raison, poursuivre successivement les constituants. Au cas d'*adpromissio*, il libère tous les débiteurs accessoires en en poursuivant un avant la réforme de Justinien, et il ne les libère plus depuis. Mais, à toutes les époques et quelle que soit la forme du cautionnement, il peut choisir celui qu'il veut poursuivre et il n'est pas non plus en principe obligé de fractionner sa demande. Seulement sur ce dernier point, le système a reçu deux tempéraments successifs, l'un au temps de la République, l'autre en droit classique.

Le premier trop énergique, spécial aux *sponsores* et aux *fidepromissores* d'Italie, date de la loi Furia[3], loi politique du VI[e] siècle[4], qui décida que la dette se diviserait entre les cautions vivantes à l'échéance.

1. Nov. 4. Justinien invoque, dans le *pr.*, de vieux précédents que M. Brassloff, *Zur Kenntniss d. Volksrecht*, 1902, pp. 22-26, 65-69, a cherchés dans la pratique de l'Egypte romaine. V. en sens contraire Bortolucci, *B. Ist. D. R.*, 17, 1906, pp. 265-316. Cf. Mitteis, *Grundzüge*, pp. 267-268. D'après le texte de la novelle, c. 1, le bénéfice est subordonné à la présence du débiteur principal. On déduit de là généralement qu'il doit être exclu, quand la poursuite contre le débiteur principal serait infructueuse ou plus difficile que celle contre la caution, par ex. lorsqu'il est en état de cessation de paiements ou d'insolvabilité notoire, quand il n'y a pas d'action contre lui, quand il est tenu seulement d'une obligation naturelle. On déduit d'autres textes que la caution perd le droit d'en profiter en niant la dette (*D.*, *h. t.*, 10, 1). Enfin on discutait si ce bénéfice ne pouvait pas être écarté par une renonciation faite au moment du contrat (exemple dans le papyrus de l'an 583, *P. Oxy.*, I, 136), et la question a été résolue affirmativement, pour les cautions données à des banquiers, par la nov. 136. Le C. civ., art. 2021, admet à la fois le bénéfice de discussion et la faculté d'y renoncer d'avance qui le rend à peu près illusoire.

2. *D.*, *h. t.*, 52, 3.

3. Gaius, 3, 121 : *Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio et singuli in viriles partes obligantur...* 121 *a* : *Cum lex Furia tantum in Italia locum habeat...* D'après les fr. des *disputationes* d'Ulpien, n° 3 (*Textes*, p. 491), les cautions italiques sont celles qui se sont engagées en Italie, en quelque lieu que se soit engagé le débiteur principal.

4. La loi Furia est, d'après le témoignage positif de Gaius, postérieure à la loi Appuleia qui, supposant l'existence de provinces, est nécessairement plus récente que la création de la province de Sicile en 513. Elle est donc au plus tôt du VI[e] siècle. D'autre part, faisant naître une *manus injectio pro judicato* au lieu de dispenser de payer (p. 771, n. 1), elle apparaît par là même, à notre sens, comme antérieure à la loi Aebutia (*Org. jud.*, 1, pp. 196-197), qui date, verrons-nous, du début du VII[e] siècle. En outre, elle est, d'après la vraisemblance et le langage de Gaius, antérieure à la loi Vallia qui transforma tous les cas de *manus injectio* sauf deux en cas de *manus injectio pura*. Cela ne permet guère de la faire descendre

Cette loi ne supprimait pas la solidarité entre les cautions, ne faisait pas la dette se diviser entre elles comme elle se serait divisée entre plusieurs débiteurs conjoints, entre plusieurs héritiers du même débiteur, entre lesquels la division aurait eu lieu dès le principe, sans que le décès postérieur de l'un d'eux y changeât rien. Ici la division a lieu seulement à l'échéance : le prédécès d'une des cautions nuit aux autres. Mais la division ainsi opérée a lieu à l'échéance, sans avoir besoin d'être demandée, que les cautions soient solvables ou non. En sorte que l'insolvabilité de l'une nuit au créancier et non aux autres ; que la mort de l'une après l'échéance nuit au créancier et non pas aux autres et qu'en demandant à l'une plus que sa part le créancier commet un manquement à la loi réprimé par une action spéciale [1]. Le système de cette loi fut

plus bas que la fin du VI[e] siècle et cela rend, nous semble-t-il, impossible de l'attribuer avec M. Appleton, *Z. S. St.*, 26, 1905, pp. 36-39, à P. Furius, tribun en 654.

1. Selon Gaius, 4, 22, la loi Furia *de sponsu* établit une *manus injectio pro judicato adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset*, c.-à-d. sans doute contre celui qui avait obtenu judiciairement de la caution plus que sa part (v. sur le sens d'*exigere*, Karlowa, *Legisaktionen*, 1872, p. 193 ; en sens contraire Lenel, *Z. S. St.*, 30, 1909, p. 336). Il résulte donc clairement de là que le créancier qui demande le tout à une caution ne commet pas une *plus petitio* et obtient judiciairement le paiement, que c'est seulement par suite de ce paiement que la caution aura contre lui la *manus injectio* en répétition créée par la loi qui n'est donc pas pour ce chef ce qu'on appelle, dans la division d'Ulpien, *Reg.*, 1, une *lex perfecta*, mais soit une *lex imperfecta*, soit plutôt une *lex minus quam perfecta* (v. Senn, *Leges perfectae, imperfectae et minus quam perfectae*, 1902, pp. 72-87 ; mécanisme semblable ou voisin dans d'autres lois *minus quam perfectae*, telles que la loi Furia *testamentaria*, et la loi Marcia *de foeneratoribus*, p. 526, n. 6, ou *imperfectae*, telles que la loi Plaetoria, p. 233, et, croyons-nous, la loi Cincia sur les donations). Et cela montre que le texte de Gaius, 3, 121, où l'on a cru voir le contraire, exprime simplement le régime du temps de la procédure formulaire où le *sponsor* a tiré de son droit de répéter une exception pour ne pas payer. Cependant M. Appleton soutient que la *manus injectio* s'appliquait seulement au cas exceptionnel où le *sponsor* a payé par ignorance de l'existence des autres cautions et qu'il pouvait au contraire repousser la demande en invoquant la *plus petitio* dans le cas normal où il connaissait les autres cautions. Cette façon d'écarter pour l'hypothèse principale la solution de Gaius, 4, 22, nous semble inadmissible, d'abord parce qu'il n'est pas sûr qu'au temps de la loi Furia les *sponsores* pussent avoir contracté à des moments différents et que la loi Cicereia paraît bien être venue parer plus tard à des inconvénients qui n'existaient pas encore de ce temps ; ensuite parce qu'alors il y aurait eu dans la loi Furia non pas les deux dispositions dont parle Gaius, 3, 121, mais trois ; enfin et surtout parce que, si la *manus injectio* n'avait dû servir qu'à ceux qui auraient payé par erreur, on n'aurait pas créé cette voie de droit spéciale pour des gens déjà protégés par le droit commun de la répétition de l'indû, soit à l'époque à laquelle nous plaçons la loi, soit encore plus en l'an 654 auquel M. Appleton la fait descendre. A la vérité. M. Appleton a objecté, *Mélanges Gérardin*, p. 3, que la *condictio indebiti* serait ici hors de cause parce qu'elle est exclue quand on a payé l'indû sur une demande où *lis infitiando crescit in duplum* (p. 630) et que précisément l'action de la loi Furia n'existe qu'en vertu d'un jugement. Mais cette objection ne fait, nous semble-t-il, que mieux souligner l'étroitesse invraisemblable de portée à laquelle le système réduit la disposition de la loi. Les règles de droit commun qui régissent la *condictio indebiti* ne sont ni plus ni moins critiquables pour les *sponsores* que pour les autres personnes. Par

probablement la cause de la confection d'une autre loi, la loi Cicereia, obligeant le créancier, à peine de nullité du cautionnement, à déclarer publiquement le montant de la créance et le nombre des cautions [1]. Il fut encore plus probablement l'un des grands motifs de l'introduction de la *fidejussio*.

Le second tempérament a été introduit par une constitution d'Hadrien précisément dans l'intérêt des fidéjusseurs [2], desquels il fut étendu immédiatement aux *mandatores pecuniae credendae* [3] et seulement par Justinien aux cautions par constitut [4]. Il cherche à concilier l'intérêt du créancier et celui des cautions en laissant les cautions responsables de leur insolvabilité réciproque, mais en les dispensant de payer plus que leur part à chacune, quand elles sont solvables [5]. La division est désor-

conséquent, si le *sponsor* avait été considéré comme payant l'indû quand il payait toute la dette par ignorance de l'existence des autres cautions, on l'eût trouvé suffisamment protégé par ce droit commun, on n'eût pas fait une loi spéciale afin d'ouvrir la répétition de l'indû payé après jugement au *sponsor* qui l'avait payé par suite d'une erreur sur le nombre des cautions à la différence des autres personnes et même des autres *sponsores* qui avaient payé l'indû après jugement par suite d'une autre erreur.

1. Gaius, 3, 123. Si le créancier n'a pas fait la *praedictio*, on peut intenter contre lui dans les trente jours une action préjudicielle pour faire vérifier *an ex ea lege praedictum sit* et en cas de négation, les cautions sont libérées, dit Gaius. Cette loi qui paraît avoir eu pour but de permettre aux cautions d'invoquer la loi Furia et que Gaius nous dit n'avoir visé que les *sponsores* et les *fidepromissores*, mais avoir été étendue par la pratique aux fidéjusseurs, doit, pour la seconde raison, être antérieure à la loi Cornelia et, pour la première, être postérieure à la loi Furia ; mais en outre la façon dont sa sanction est attachée non pas à l'absence de *praedictio*, mais au résultat du *praejudicium* porte à la croire postérieure à la loi Aebutia avant laquelle les *praejudicia*, qui paraissent tous d'origine prétorienne (p. 104, n. 7), étaient sans doute inconnus. Elle se place donc vraisemblablement vers le milieu du VII[e] siècle.

2. Gaius, 3, 121. *Inst., h. t.,* 4. Paul, *Sent.*, 1, 20, 1.

3. Justinien (n. 4) l'indique même comme ayant été directement accordé aux *mandatores* par Hadrien.

4. Justinien, *C.*, 4, 18, *De const. pec.*, 3.

5. Le fidéjusseur, dit Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 4, *desiderare potest ut pro parte in se detur actio*. En face de cela, le créancier, s'il reconnaît la solvabilité des autres cautions, réduira sa demande contre la caution qu'il poursuit, à cette part, ainsi à 50, s'il y a trois cautions solvables d'une dette de 150, et gardera sa créance du reste contre les deux autres. Si au contraire la solvabilité des autres alléguée par le défendeur est contestée par lui, la situation est moins simple, surtout pour le cas de fidéjussion où la poursuite contre l'un libère les autres. On aurait pu lui donner l'action pour le tout, en y insérant l'exception, en sorte que non seulement il se serait enlevé par là le droit d'agir contre les autres, mais qu'en face du bien fondé de l'exception, il aurait été repoussé pour le tout suivant les règles de la procédure formulaire. On aurait pu aussi lui donner deux formules distinctes, l'une pure et simple pour la part incontestée de la créance et une autre accompagnée de l'exception pour les parts contestées (Appleton, *Compensation*, p. 286), en sorte que la justification de l'exception ne lui eût fait perdre son procès que pour ce qu'il aurait réclamé à tort, tout en le dépouillant désormais du droit d'agir contre les autres fidéjusseurs libérés par la *litis contestatio*. On a aussi pensé à l'insertion d'une prescription *pro actore* restreignant l'effet extinctif. Mais il semble que, pour éviter tout cela, le magistrat faisait plutôt, en cas de contes-

mais pour ces cautions soustraite à l'arbitraire du créancier, comme elle l'était pour les *sponsores* et les *fidepromissores* d'après la loi Furia. Mais elle n'a lieu que sur la demande de la caution poursuivie, au lieu de se produire de plein droit, de sorte que le créancier qui a touché le tout n'est pas sujet à répétition ; elle a lieu entre les cautions solvables au lieu d'avoir lieu entre les cautions vivantes, et on se place pour la faire au moment de la poursuite au lieu de celui de l'échéance. Enfin, comme c'est un bénéfice, la caution peut y renoncer, et elle peut en être dépouillée, si elle en est indigne, ainsi quand elle a nié la dette [1], ou si elle cautionne une créance particulièrement favorable, celle du pupille contre son tuteur [2].

2. *Recours*. La caution peut, en particulier quand elle a payé, avoir un recours à exercer soit contre le débiteur principal, soit contre les autres cautions.

a) Contre le débiteur principal, la caution peut d'abord avoir une action de son chef, soit d'après les principes de droit commun sur le mandat et la gestion d'affaires, qui s'appliquent à toutes les cautions, soit plus anciennement en vertu d'une loi spéciale à l'une des cautions verbales.

Cette loi spéciale, la loi Publilia, dont la date précise est incertaine, mais qui est certainement ancienne [3], donne au *sponsor* et à lui seul, lorsqu'il a payé pour le débiteur principal et qu'il n'a pas été remboursé dans les six mois, une action en recours appelée l'action *depensi* [4], qui s'intentait au temps des Actions de la loi par *manus injectio* et qui est

tation, procéder à un examen préalable des faits avant de délivrer la formule et la délivrait ensuite, selon le résultat de cet examen, soit pour partie, soit pour le tout ; Paul, en parlant de l'exception *si non et illi solvendo sint, D., h. t.*, 28, semble ne l'indiquer que comme un pis aller (*etiam exceptionem ei dandam*). Cf. Lenel, *Edictum*, pp. 211-212 (*Ed.*, 1, pp. 248-249). Sokolowski, *Z. S. St.*, 11, 1890, pp. 278-301.

1. *D.*, *h. t.*, 10, 1.

2. *D.*, 46, 6, *Rem pupilli*, 12. Nous croyons avoir établi, *Mélanges Fadda*, 1906, 2, pp. 55-67, que la solution donnée au Digeste pour la division du rescrit d'Hadrien lui a été étendue de la division de la loi Furia pour laquelle la règle avait été faite.

3. Elle est antérieure à la loi Vallia, qui a maintenu par exception la *manus injectio pro judicato* au cas d'action *depensi* (Gaius, 4, 25). Il n'y a pas, à notre connaissance, de terme extrême opposé. Mais elle paraît bien appartenir au même courant que les lois Appuleia, Furia et Cicereia.

4. Ce terme archaïque évoque trop nettement l'idée de pesée (Eisele, *Beiträge*, 1896, p. 27) pour qu'on puisse facilement admettre avec M. Appleton, p. 35, n. 3, qu'il exprime simplement un remboursement quelconque. Mais nous ne croyons pas davantage avec M. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 733, suivi dubitativement par M. Cuq, 1, p. 253, n. 4, qu'il prouve que la loi ait été rendue au temps antérieur à l'introduction de la monnaie d'argent faite en 485 où l'on aurait encore pesé l'*aes grave*. Il est, croyons-nous, la conséquence de ce que, comme l'admet M. Appleton lui-même, p. 36, n. 1, il fallait pour autoriser le recours, en matière de loi Publilia comme de loi Furia, que le *solvens* eût payé après un jugement, lequel est un cas de *solutio per aes et libram*.

en conséquence au double *adversus infitiantem* à l'époque formulaire[1].

De plus, depuis la reconnaissance des actions de mandat et de gestion d'affaires, la caution pouvait, quand elle était dans les conditions de l'une de ces opérations[2], réclamer ses déboursés par les actions *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria*. Et par l'une ou l'autre elle sera parfaitement protégée, quand le débiteur est solvable.

Mais c'est précisément en matière de cautionnement qu'il arriva le plus souvent que le débiteur soit insolvable, que le caution subisse pour son recours le péril qu'elle épargne au créancier. Afin de se garantir contre lui, elle pourrait faire comme le créancier, exiger une contre-caution assurant son recours et, quoique cela semble bien compliqué, il paraît que cela se produisait[3]. Mais les cautions trouvaient une protection bien plus fréquente dans une institution inventée par les jurisconsultes, dans le bénéfice de cession d'actions qui leur permettait de recourir contre le débiteur, non plus de leur chef à elles, par leurs actions de mandat ou de gestion d'affaires, mais du chef du créancier, par les actions plus avantageuses dont il n'avait plus besoin.

L'engagement de la caution pouvait en effet ne pas être la seule garantie du créancier. Ainsi la créance pouvait être garantie par un *privilegium*, qui permettait de passer avant tous les créanciers ordinaires, avant les créanciers chirographaires, comme on les appelle ; elle pouvait l'être surtout par un gage ou une hypothèque. Si le créancier par exemple avait voulu se payer sur le bien hypothéqué, la caution n'aurait rien eu à débourser. Au lieu de cela, il s'adresse à la caution. Jusqu'à l'introduction du bénéfice de cession, elle est obligée de le payer et par son recours elle n'obtiendra sur ce bien affecté à la dette qu'un dividende comme les autres créanciers. Pour prévenir ce résultat, il faudrait que la caution qui a été poursuivie et qui a payé pût prendre la place du créancier dans ses droits et actions, pût profiter de cette hypothèque devenue inutile au créancier et qui assurerait son recours. Seulement cela semble impossible, au moins au cas d'*adpromissio*[4] ; car, d'une part, les actions

1. Gaius, 3, 127. 4, 22. Cf. sur les règles de l'action *depensi* sous le système formulaire, Gaius, 4, 102. 171. Le recours de la caution est assuré dans beaucoup de législations archaïques par des voies rigoureuses analogues. V. pour le droit barbare et l'ancien droit français, Esmein, *Etudes sur les contrats*, pp. 88. 97. 137 (saisie privée) et Collinet, *N. R. H.*, 1895, p. 653 (action au double) ; pour le droit hindou, Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 77 (action au double, également signalée en Irlande par Collinet, *loc. cit.*, et en Afrique par Post, *Afrikanische Jurisprudenz*, 2, 1887, p. 187).

2. La caution n'a pas de recours quand elle s'est portée caution dans son propre intérêt (*in rem suam* ; cf. *D.*, 2, 14, *De pact.*, 24), ou quand elle l'a fait *donandi animo* (*D.*, 17, 1, *Mandati*, 6, 2), ou, a-t-on fini par admettre après quelque discussion, quand elle l'a fait malgré la défense du débiteur (*D.*, 17, 1, *Mand.*, 40 ; cf. *C.*, 2, 18 (19), *Neg. gest.*, 24).

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 4, *pr.*

4. Au cas de mandat, l'obligation de céder les actions résultait de la nature du

sont au créancier que rien n'oblige à les céder à la caution et, d'autre part, fût-il disposé à les céder quand le paiement les lui aurait rendues inutiles, il ne le pourrait pas, puisque le paiement les aurait éteintes.

Les jurisconsultes de l'époque impériale[1] ont surmonté les deux difficultés. D'un côté, ils ont soustrait la cession au bon plaisir du créancier en faisant admettre que le créancier commet un dol, quand il refuse la cession d'actions dont il n'a plus besoin et qui seraient utiles à la caution ; que, par conséquent, la caution pourra, à l'aide d'une exception de dol insérée dans la formule au cas de *fidejussio* et de constitut, sous-entendue à celui de mandat, repousser la demande du créancier qui lui réclame le paiement et lui refuse la cession[2]. Quant à la difficulté résultant de ce que les droits du créancier contre le débiteur principal sont éteints par le paiement venant de la caution ou par la poursuite intentée contre elle, ils l'ont éludée pour le cas où elle était le plus indéniable, pour celui d'*adpromissio*, à l'aide d'un raisonnement doctrinal : ils ont fait remarquer que la créance peut être vendue pour un prix égal à son montant nominal, à n'importe qui, même au débiteur, et qu'alors le paiement du prix n'éteint pas la créance vendue et ils ont conclu de là que l'acte du fidéjusseur qui paie sa dette en demandant la cession des actions doit s'analyser en une opération de ce genre[3].

Mais on aurait tort de croire que la cession produise, par exemple au point de vue de la garantie ou du montant de l'action, toutes les conséquences qui se produiraient au cas de vente. L'idée de vente est un simple expédient inventé pour permettre d'atteindre un résultat équitable et

mandat et n'était contrariée par aucun obstacle (*D.*, *h. t.*, 13). Aux cas de constitut et de *receptum* pour lesquels il n'y a pas de texte, il n'existe pas non plus d'obstacle à la cession volontaire ; mais elle n'a dû être imposée au créancier que par le raisonnement fait en matière d'*adpromissio*.

1. Le bénéfice est déjà parfaitement connu de Julien, *D.*, *h. t.*, 17, *pr.*

2. V. par exemple, pour cette fonction de l'exception de dol, Papinien, *D.*, 21, 2, *De evict.*, 65. Si la résistance est justifiée, le juge passera à la condamnation ; si, au contraire, elle ne l'est pas, si le créancier commet un dol en refusant la cession d'actions qu'il a encore, la caution doit logiquement être absoute. Cependant, si la résistance avait une cause sérieuse, par exemple une contestation sur le taux de la créance, le créancier n'a pas commis de dol *in jure* en refusant la cession ; il n'en commettrait qu'en persistant ; c'est donc, semble-t-il, au juge de lui prescrire de la céder et, s'il refuse, d'absoudre le défendeur. Cette cession d'actions opérée sur l'invitation du juge est, en effet, signalée pour le gage par Papinien, *D.*, 20, 5, *De distr. pign.*, 2. Mais, si elle ne fait pas de difficulté en matière de droits de gage et d'hypothèque qui ne sont pas éteints par la *litis contestatio*, elle en présente de très grandes pour les créances qui s'éteignent par la *litis contestatio* faite avec la caution, ainsi au cas de *fidejussio* pour les créances privilégiées contre le débiteur principal.

3. Paul, *D.*, *h. t.*, 36, indique l'objection et fait la réponse en termes qui sembleraient indiquer que la cession peut être demandée même après le paiement. Modestin, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 76, déclare plus juridiquement la cession impossible si elle n'a pas été faite ou convenue avant le paiement.

dont on se sert seulement dans la mesure où ce résultat le demande [1]. Tout l'effet de la cession est de permettre à la caution d'intenter, pour ses déboursés, au lieu de son action personnelle qui la soumettrait au concours des créanciers chirographaires, les actions plus avantageuses du créancier, l'action munie d'un privilège qui la fera passer avant tous les créanciers chirographaires, l'action hypothécaire où elle primera même les créanciers hypothécaires inférieurs en rang.

Quant aux conditions auxquelles la caution peut exiger la cession, elles sont déterminées par l'idée qui est le fondement de son droit. Le créancier commet un dol en refusant de céder des actions qu'il a et dont il n'a plus besoin. Il ne commet pas de dol, lorsqu'il ne les cède pas parce qu'il en a encore besoin, quand on n'offre pas de le désintéresser intégralement. Il n'en commet pas, lorsqu'il ne les cède pas parce qu'il ne les a plus, soit par que le fidéjusseur a éteint l'action hypothécaire en le payant, l'action privilégiée en le payant ou en se laissant poursuivre par lui, soit même parce qu'il a laissé éteindre l'hypothèque [2] ; car, sauf au cas de *mandatum pecuniae credendae*, où l'on peut reprocher au mandataire agissant en indemnité sa mauvaise exécution du mandat [3], le créancier n'est pas tenu à conserver ses sûretés afin de pouvoir les faire passer à la caution : il ne commet de dol qu'en refusant de les lui céder telles qu'il les a.

b) Le recours de la caution qui a payé contre les autres cautions est également sanctionné pour le *sponsor* et même pour le *fidepromissor* par une action spéciale, mais ne l'est pas, d'après le droit commun, pour les autres cautions, qui n'ont donc alors, comme seule ressource, que les actions du créancier.

Le *sponsor* ou le *fidepromissor*, qui a payé toute la dette, a contre les autres un recours en vertu d'une loi Appuleia antérieure à la loi Furia, qui établit ainsi entre eux une sorte de société [4].

Au contraire la caution d'un autre type qui a payé toute la dette n'a pas de recours contre ses codébiteurs accessoires, sauf bien entendu

1. La vente fait naître une obligation de garantie (p. 573, n. 3) ; la caution qui a payé l'indû n'aura que la *condictio indebiti*. Jusqu'aux constitutions *Per diversas* et *Ab Anastasio* (p. 749, n. 5), l'acheteur d'une créance peut demander son montant intégral ; la caution ne peut demander que ses déboursés par une voie comme par l'autre.

2. Dioclétien, *C.*, 8, 40 (41), *De fidejussoribus*, 25.

3. Papinien, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 95, 11.

4. Gaius, 3, 122. Cette loi, s'appliquant aux *sponsores* et aux *fidepromissores* des provinces, est, croyons-nous, postérieure à la création de la première province, la province de Sicile, en 513. Mais elle est, dit positivement Gaius, 3, 122, antérieure à la loi Furia qui elle-même est antérieure, et à la loi Aebutia du premier tiers du VII[e] siècle, et à la loi Vallia de la fin du VI[e] siècle ou du début du VII[e] ; il nous paraît donc impossible de l'attribuer avec M. Appleton, *Z. S. St.*, 26, 1905, pp. 36-39, au tribunat de la plèbe de 651 de L. Appuleius Saturninus.

au cas de société expresse [1]. Elle n'a pas notamment contre eux l'action de gestion d'affaires, car elle a fait sa propre affaire. Mais, si elle ne peut avoir d'action de son chef, elle peut en avoir une du chef du créancier, en vertu du bénéfice de cession d'actions, qui est, par conséquent, utile sous ce rapport même en supposant l'action du créancier purement personnelle.

Le droit d'exiger cette cession est accordé à la caution pour recourir contre les autres cautions exactement sous les mêmes conditions que pour recourir contre le débiteur principal. Il lui est aussi accordé exactement par le même procédé, par la simulation d'une vente [2]. Mais ici encore les effets de la vente ne sont admis que dans la mesure où le but de la fiction l'exige, sans notamment que le cessionnaire puisse demander à chacun des codébiteurs plus que la part définitive que ce dernier doit supporter dans la dette [3].

III. Extinction de cautionnement. — L'extinction du cautionnement peut avoir lieu par voie principale ou accessoire, par la libération directe de la caution ou par contre-coup de la libération du débiteur principal.

1. L'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* s'éteint par leur mort et, pour ceux d'Italie, par deux ans depuis l'échéance de la dette, aux termes de la loi Furia [4]. L'obligation des fidéjusseurs, des constituants et des *mandatores pecuniae credendae* passe à leurs héritiers et est perpétuelle, ce qui veut dire, dans le droit de Justinien, qu'elle dure trente ans. Mais elle s'éteint dans leur personne, comme dans celle des *sponsores* ou des *fidepromissores*, par tous les modes d'extinction qui opèrent *ipso jure* ou *exceptionis ope*, que le débiteur principal soit libéré ou non. Nous avons vu en outre que le *mandator pecuniae credendae* peut refuser de payer, quand le créancier s'est mis par sa faute dans l'impossibilité de lui céder les actions et il en est de même du *fidejussor indemnitatis* [5].

1. Modestin, *D.*, *h. t.*, 39.
2. Julien, *D.*, *h. t.*, 17.
3. Cf. *D.*, *h. t.*, 10, *pr. D.*, 50, 15, *De cens.*, 5, *pr.* Les autres cautions peuvent à tout le moins invoquer le bénéfice de division contre la créance lorsqu'elle est exercée par le créancier lui-même.
4. Gaius, 3, 121 (p. 770, n. 3). La controverse établie par le rapprochement de *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 25 et *D.*, 44, 3, *De div. temp. pr.*, 4, implique que, de l'avis de tous, le délai courait seulement de l'échéance de la dette, ou plus largement du jour où le débiteur était soumis à l'action. Cf. Ubbelohde, *Berechnung des Tempus utile*, 1891, pp. 3-6.
5. *Mandator pecuniae credendae* : p. 776, n. 3. *Fidejussor indemnitatis* : *D.*, *h. t.*, 41, *pr.* Il faut appliquer cette règle même au cas où c'est en laissant par sa faute le débiteur devenir insolvable que le créancier a fait tort à la caution. Cela résulte, croyons-nous, des principes pour le mandat et c'est dit pour la *fidejussio indemnitatis* par notre texte.

2. L'obligation de l'*adpromissor* est éteinte en principe par les modes d'extinction opérant *ipso jure* qui se produisent dans la personne du débiteur principal[1]. Pour ceux *exceptionis ope*, cela dépend de l'exception[2]. Quant à l'obligation du *mandator* et du constituant, elle n'est jamais éteinte de plein droit par l'extinction de celle du débiteur principal ; mais ces cautions peuvent, par une exception, insérée dans la formule de l'action de constitut, sous-entendue dans celle de l'action de mandat, invoquer la plupart des causes de libération que pourrait invoquer l'*adpromissor*[3].

---

1. Les fidéjusseurs ne sont pas libérés quand la dette du débiteur principal est éteinte par sa *capitis deminutio* (*C.*, 8, 40 (41), *De fidejussoribus*, 20) ou par sa mort sans héritier (*D.*, 46, 3, *De solut.*, 95, 1). Au contraire, l'ancien droit décidait logiquement que l'obligation s'éteignait à l'égard de tous par la perte de la chose non imputable au débiteur, même quand elle avait été causée par le fidéjusseur et on donnait seulement au créancier contre ce fidéjusseur une action pénale *de dolo* moins avantageuse (Neratius et Julien cités par Papinien, *D.*, 4, 3, *De dolo*, 19) ou une *restitutio in integrum* qu'il fallait obtenir du magistrat (Julien chez Africain, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 38, 4). Puis on donna contre lui l'action même de son contrat, comme action utile, disent certains textes (Marcien, *D.*, 22, 1, *De usuris*, 32, 5), comme action directe, disent certains autres où cette différence de rédaction vient, soit d'un nouveau progrès de jurisprudence, soit d'une suppression des compilateurs (Pomponius cité par Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 91, 4 ; Papinien, *D.*, 46, 3, *De solut.*, 95, 1 ; Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 88). M. Pernice, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 179-180, admet pourtant une distinction entre le *sponsor* et le *fidejussor* en la rattachant à la différence des formules dans lesquelles ils s'engagent (p. 764, n. 4).

2. Les exceptions du débiteur principal appartiennent en principe à l'*adpromissor*, en raison du caractère accessoire de son engagement. Mais, malgré les termes généraux de certains textes (Marcien, *D.*, 44, 1, *De exc.*, 19), la règle n'est pas absolue. Le fidéjusseur ne peut, dit-on, invoquer les exceptions attachées à la personne du débiteur principal, telles que celle résultant du bénéfice de compétence (*D.*, 44, 1, *De exc.*, 7, *pr.*) et celle résultant du pacte *de non petendo in personam* (*D.*, 2, 14, *De pactis*, 22). Ensuite il ne peut invoquer les exceptions contre lesquelles le cautionnement a eu pour but de protéger le créancier, ainsi celle tirée de la *restitutio in integrum ob aetatem* quand il est intervenu pour garantir contre ce risque, quand il connaissait la minorité (*D.*, 4, 4, *De min.*, 13, *pr.*). Enfin, certaines exceptions, par exemple l'exception *pacti*, celle du sénatus-consulte Macédonien, ne sont données à la caution que quand, après avoir payé, elle aurait eu un recours contre le débiteur principal (*D.*, 2, 14, *De pact.*, 32 ; *D.*, 14, 6, *De S. C. Maced.*, 9, 3) et l'on peut se demander si ce n'a pas été là la doctrine générale primitive (cf. par exemple pour l'exception du sénatus-consulte Velléien, les solutions opposées de Cassius et de Julien, *D.*, 16, 1, *Ad S. C. Velleianum*, 16, 1, relevées par Dernburg-Sokolowski, § 336, n. 5).

3. On doit seulement remarquer que les exceptions du débiteur principal, par exemple celle tirée de la minorité, sont plus difficilement étendues au *mandator pecuniae credendae* qu'au fidéjusseur, peuvent lui être refusées, même quand il a ignoré l'existence du fait qui y donne lieu, parce qu'il a été *adfirmator ac suasor* de l'opération (*D.*, 4, 4, *De min.*, 13, *pr.*).

CHAPITRE III. — SURETÉS RÉELLES ; ALIÉNATION FIDUCIAIRE, GAGE, HYPOTHÈQUE

Celui qui n'inspire pas une confiance suffisante à son créancier peut lui donner une sûreté personnelle, une caution. Mais le cautionnement présente des inconvénients pour le créancier : surtout depuis la création des bénéfices de discussion et de division, il entraîne des complications dans la poursuite ; puis la caution peut devenir insolvable ; enfin le débiteur peut ne pas trouver de caution.

S'il a des biens, il a un autre moyen de rassurer le créancier, c'est de lui donner une sûreté réelle, d'affecter à sa garantie une ou plusieurs choses sur lesquelles ce créancier aura plus ou moins parfaitement les avantages du droit réel, le droit de suite et le droit de préférence.

Le droit romain a successivement atteint ce résultat par trois procédés différents : en donnant au créancier, à titre intérimaire, en guise de sûreté, la propriété, la possession et un droit réel prétorien[1].

Le droit romain primitif, ne connaissant d'autres droits réels que la propriété et les servitudes, ne pouvait atteindre le but que par une translation de propriété. Le débiteur faisait mancipation ou *in jure cessio* de sa chose avec une convention de fiducie dans laquelle l'acquéreur s'engageait à retransférer la chose après extinction de la dette garantie[2]. Le créancier se trouvait ainsi parfaitement protégé. Etant propriétaire, il n'avait plus à craindre que l'objet fût compris dans les saisies faites par les autres créanciers et il n'avait pas davantage à craindre qu'il fût aliéné ou grevé de droits réels à son détriment : il avait un droit de suite et un droit de préférence sanctionnés par la plus énergique des actions réelles, par la revendication. Mais c'était le débiteur qui était sacrifié. En aliénant le bien, fût-il d'une valeur bien supérieure au montant de la dette, il épuisait d'un coup tout le crédit qu'il en pouvait tirer. Ensuite, il n'avait pour réclamer la restitution qu'une action personnelle, l'action *fiduciae* et encore depuis qu'elle a existé. Il ne pouvait contester les aliénations faites par le fiduciaire : quand même il eût été

1. *D.*, 20, 1-6. Cf. H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 2 vol., 1860. 1864. A. Jourdan, *Etudes de droit romain, L'hypothèque*, 1876. V. encore N. Herzen, *Origine de l'hypothèque romaine*, 1899 ; Naber, *Mnemosyne*, 31, pp. 211-233 ; Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 1, 1, 1904, et le compte-rendu de Herzen, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 449-457 ; Egon Weiss, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 1, 1909 ; Martin Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in d. klassischen Zeit*, Upsal, 1910, et le compte-rendu de Mitteis, *Z. S. St.*, 31, 1910, pp. 489-491 ; Erman, *Mélanges Girard*, 2, pp. 419-455 ; Manigk, dans Pauly-Wissowa, 9, 1, pp. 343-412, v° *Hypotheca*, 1913.

2. Cf. sur l'aliénation fiduciaire, les textes et les commentaires cités p. 529-535. V. aussi, p. 789, n. 1.

convenu qu'il n'aliénerait pas avant l'échéance, le fiduciaire était propriétaire et transférait la propriété. Enfin, le débiteur se trouvait privé de l'usage et de la jouissance de sa chose.

Il y avait un remède contre le dernier inconvénient : l'aliénation fiduciaire accompagnée de louage ou de précaire, où le débiteur gardait comme locataire ou précariste la chose qu'il avait aliénée et où le créancier n'avait pas à craindre d'*usureceptio* parce qu'il ne cessait pas de posséder (p. 533, n. 1). Mais, sans parler du caractère révocable du précaire, les deux premiers inconvénients étaient inévitables : le crédit était épuisé d'un coup, le débiteur livré à la bonne foi du fiduciaire.

Une autre combinaison, qui put fonctionner de bonne heure dans la vie extrajuridique, mais qui ne dut guère acquérir une valeur légale que depuis l'établissement des interdits et même depuis l'introduction de la procédure formulaire [1], consistait à donner au créancier à titre de sûreté la possession. C'est le gage (*pignus*), où l'on remet au créancier non plus la propriété, mais la possession de la chose, où la sûreté consiste pour lui dans le droit protégé par les interdits de retenir la chose jusqu'à parfait paiement. Ce système supprime le premier inconvénient de la combinaison précédente. Le débiteur, resté propriétaire, ne court plus le risque d'être victime d'une aliénation malhonnête. Et on pourrait encore lui laisser l'usage et la jouissance de la chose par une concession à précaire [2]. En revanche, il épuise toujours d'un coup la puissance de crédit

1. Il fallait la création des interdits pour que le créancier gagiste eût une possibilité de reprendre la chose aux tiers. Mais il a fallu celle de la procédure formulaire et des exceptions pour qu'il eût un moyen de repousser la revendication du constituant infidèle à sa parole. Auparavant le seul procédé qu'on aurait pu avoir, au moins en matière de *res nec mancipi*, pour donner une sécurité légale au créancier eût été de convenir, en partant de l'idée de tradition sous condition suspensive qui est à la base de la *lex commissoria* (p. 793), que, si la chose était enlevée, le créancier en deviendrait propriétaire. C'est, nous semble-t-il, le sens de la clause des formulaires de Caton, *De r. r.*, 146, 5 : *Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto* ; cf. 146, 7. Mais la sûreté nous paraît néanmoins avoir été surtout une sûreté de fait, assise sur le peu de danger pratique qu'il y avait que le débiteur intentât une revendication à laquelle le créancier eût répondu en exigeant son paiement immédiat, et d'ailleurs donnée seulement à titre provisoire en attendant l'intervention des sûretés personnelles, ainsi que nous montrent encore les formulaires de Caton, *De r. r.*, 146, 5 : *Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pignori sunto* ; cf. 149, 7. 150, 7. Les textes de Plaute réunis chez Costa, *Diritto nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 260-264, attestent, à notre avis, un peu plus tôt le même régime. En revanche, le texte du *foedus Latinum* rapporté par Festus, v° *Nancitor : Item in foedere Latino : Pecuniam quis nancitor, habeto, et : Si quid pignoris nasciscitur, sibi habeto*, est, croyons-nous avec Dernburg, étranger au gage privé ; il soustrait simplement à la mise en commun du butin, soit la *pecunia*, soit les *pignora*, otages, places de sûreté, pris sur l'ennemi par chacun des alliés. V. des idées un peu différentes dans Voigt, *Das Pignus der Römer bis zu seiner Umwandlung zum Rechtsinstitut*, 1888 (dont la terminologie a été écartée par les recherches de Manigk), Naber et Manigk.

2. Ulpien, *D.*, 43, 26, *De prec.*, 6, 4. Florentinus, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 35, 1, admet aussi la possibilité d'un louage.

représentée par la chose. Ensuite et surtout, c'est le créancier qui n'est plus assez protégé : au lieu de la revendication, action réelle pétitoire, donnée en tout temps, contre toute personne, il n'a plus pour défendre sa sûreté que les interdits possessoires, plus fragiles et plus restreints, donnés seulement pendant un certain délai contre certaines personnes.

La dernière sûreté, l'hypothèque [1], apparaît comme une combinaison perfectionnée des deux institutions antérieures. Comme dans le gage, le créancier acquiert le droit à la possession ; comme dans le gage avec précaire, il l'acquiert seulement à l'échéance. Mais, comme dans la fiducie, il n'a pas seulement pour protection les interdits possessoires : il a une véritable action réelle analogue à la *rei vindicatio*, une *vindicatio pignoris* perpétuelle et donnée contre tous les tiers détenteurs. De plus, ne requérant avant l'échéance aucun déplacement de la propriété ou de la possession, la nouvelle sûreté n'épuise plus le crédit d'un coup : elle pourra successivement être consentie à plusieurs créanciers dont les droits respectifs s'échelonneront chronologiquement. Elle réunit donc, avec des améliorations complémentaires, les avantages des deux premières sûretés. Et c'est une raison pour y voir un développement organique de ces sûretés et non pas, comme on l'a fait plus d'une fois, une imitation d'une institution indépendante, soit de l'institution grecque du même nom [2], soit des sûretés réelles données à l'État, qui constituent avec les *praedes* le système des *praedes praediaque* [3]. Il peut y avoir eu des influences accessoires. Il n'y a pas eu d'emprunt d'ensemble. Les

1. Selon M. Fehr, dont les conclusions ont été adoptées par M. Mitteis (v. p. 779, n. 1), le mot *hypotheca*, qui ne se trouve avant Justinien ni dans les sources littéraires, ni dans les sources juridiques pures, a été interpolé partout où il se rencontre dans le Digeste et le Code. Mais, en tout cas, le mot n'est pas la chose, et de plus la supposition de l'interpolation est peu vraisemblable ou même impossible en plus d'un endroit des compilations de Justinien. V. les dépouillements d'Erman, *loc. cit.*, et de Manigk, Pauly-Wissowa, pp. 306-404. Cf. sur les titres d'ouvrages la p. 789, n. 2.

2. Cf. sur l'hypothèque grecque H. F. Hitzig, *Das griechische Pfandrecht*, 1895. Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, 3. 1897, pp. 176-309. Egon Weiss, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 1, 1909, p. 7-33. Dareste, *N. R. H.*, 32, 1908, pp. 639-649, et sur son rôle en Egypte, Mitteis, *Grundzüge*, pp. 129-165, où l'on trouvera une bibliographie complète. L'origine hellénique de l'hypothèque romaine a été particulièrement défendue par Dernburg, *Pfandrecht*, 1, pp. 67-76. Elle a été combattue par ex. par Jourdan, pp. 142-172.

3. Les *praedia subdita*, *subsignata*, *accepta*, qu'on trouve signalés comme garantie donnée aux cités soit seuls (loi agraire de l'an 643, lignes 46.63.83), soit à côté des *praedes* (loi de Malaca, cc. 60.63.65), étaient nécessairement distincts à un point de vue quelconque des biens du *praes* déjà engagés en bloc à la dette par son propre engagement (p. 762, n. 3). Ils faisaient sans doute l'objet d'une inscription spéciale, en vertu de laquelle ils ne pouvaient, à la différence des autres biens du *praes*, être valablement aliénés du jour de l'inscription, et ils étaient au reste soumis comme eux, à l'échéance, à la *venditio ex lege praediatoria*, suivie faute d'acheteur de la *venditio in vacuum*. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 56-59, et Jourdan, pp. 45-64, qui voit précisément dans cette institution politique l'origine de l'hypothèque privée. V. dans le même sens Manigk, *Untersuch.*, p. 59.

circonstances historiques dans lesquelles naquit l'institution sont connues. Or ce qu'elles attestent, c'est un remaniement du gage.

Ce remaniement [1] s'est d'abord fait pour un cas où la remise de possession, même avec précaire, présentait des difficultés spéciales, pour celui où le locataire ou fermier voulait affecter à la sûreté de sa dette de fermages, de loyers, les meubles apportés par lui afin de garnir la chose louée, d'exploiter la ferme. Sans doute en considération de ce que les meubles étaient apportés sur la chose du bailleur (*invecta et illata*), on admit qu'ils pourraient être affectés à la garantie de la dette par simple convention. C'est attesté, dès le début de l'Empire [2], tant pour les baux à ferme que pour les baux à loyer. Pour ces derniers, la preuve que le mobilier du locataire peut être affecté à la sûreté des loyers sans remise matérielle, que le bailleur peut avoir sur lui en vertu d'un simple accord de volontés le droit de rétention produit dans le gage par la remise de la chose, résulte d'une institution prétorienne qui suppose le droit du bailleur en en réprimant les abus possibles, de l'existence de l'interdit *de migrando* [2] donné dès l'époque de Labéon [3] au locataire pour déménager malgré l'opposition du propriétaire quand il n'a pas fait de convention de ce genre ou qu'il a payé son loyer. En matière de bail à ferme où la surveillance est moins aisée, où le propriétaire absent ne serait pas suffisamment protégé par ce droit de rétention, on lui a donné, pour obtenir à l'échéance la possession de la chose quand elle ne lui a pas été remise auparavant, d'abord sans doute un interdit, l'interdit Salvien [4],

1. Cf. sur les dates des diverses phases du développement, Kuntze, *Zur Gesch. d. römisch. Pfandrechts*, 1, 1893, pp. 26-31 et surtout N. Herzen, *N. R. H.*, 1898, pp. 791-802. 1899, pp. 5-26, dont le travail (reproduit, *Origine de l'hypothèque romaine*, pp. 167-201), a été le premier à aborder la question suivant une méthode scientifique et à donner les termes de solution essentiels.

2. *D.*, 43, 32, *De migrando*. Cf. Herzen, *Origine de l'hypothèque*, pp. 105-109 et les renvois.

3. *D.*, 43, 32, *De migr.*, 1, 4.

4. Gaius, 4, 147 : *Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, apiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.* Malgré l'absence de témoignages directs, cet interdit est très vraisemblablement antérieur à l'action Servienne qui en est un renforcement et qui est placée à sa suite dans l'édit de Julien (*Textes*, p. 155 ; Lenel, *Edictum*, §§ 266-267). C'est arbitrairement qu'une opinion exprimée par Huschke et suivie par MM. Voigt, p. 261, n. 48 et Cuq, *N. R. H.*, 1894, p. 56, n. 3, en attribue la création à M. Salvius Otho, grand-père de l'empereur Othon et préteur sous Auguste (Suétone, *Oth.*, 1). Rien ne prouve que M. Salvius Otho ait occupé la préture urbaine et elle peut aussi bien avoir été occupée avant ou après lui par tel ou tel autre Salvius, ainsi avant lui par L. Salvius, *cos. des.*, sur des monnaies du triumvirat (Mommsen, *Monnaie romaine*, 2, p. 454, personnage que rien ne force, à notre avis, à identifier comme on fait d'ordinaire, avec Salvidienus Rufus, désigné pour le consulat sans avoir occupé de magistrature et mort en 714) et après lui, par son fils L. Salvius Otho, consul en l'an 30 après J.-C. En revanche cet interdit ne semble pas pouvoir être antérieur à la fin de la République ; car les Salvii sont une famille nouvelle dont aucun membre ne paraît être arrivé auparavant à la préture.

qui n'existait que contre le fermier [1], puis une action réelle, l'action Servienne [2], donnée à la fois contre le fermier et tous les tiers détenteurs, deux moyens non plus de défense, mais d'attaque, dont l'un au moins est aussi probablement déjà connu de Labéon [3].

Seulement l'interdit Salvien et l'action Servienne n'existaient alors qu'au profit du bailleur de bien rural pour sa créance de fermages. La simple convention ne produisait qu'un droit de rétention pour le bailleur de biens urbains ; elle ne produisait aucun effet pour les autres créanciers. Une réforme postérieure, qui paraît inconnue de Labéon [4], qui est au contraire déjà connue de Cassius [5], qui semble donc s'être opérée vers le milieu du Ier siècle [6], a étendu l'action Servienne, sous le nom

1. V. sur ce point la p. 792, n. 2.

2. Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 7 : *Serviana experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur*. L'action Servienne ne peut, pas plus que l'interdit Salvien, être rattachée sûrement à un magistrat individuellement déterminé. La création en est attribuée par M. Joers, *Römische Rechtswiss.*, 1, 1888, p. 153, à Ser. Sulpicius Galba, préteur en 567 (Tite-Live, 38, 42), par M. Bremer, *Jurisprudentia antehadriana*, 1, 1896, p. 219, au jurisconsulte du temps de Cicéron, Ser. Sulpicius Rufus, par M. Voigt, p. 264, à Ser. Sulpicius Galba, grand-père de l'empereur Galba. La première attribution est certainement fausse, parce que l'action Servienne qui est une action prétorienne (*Inst.*, 4, 6, *De act.*, 7) ne peut être antérieure à la loi Aebutia ; la seconde l'est, parce que Ser. Sulpicius Rufus n'a été ni préteur pérégrin ni préteur urbain, mais préteur *de peculatu* en 689 (Cicéron, *Pro Mur.*, 20, 41. 42) ; la troisième est gratuite.

3. En effet, il admet, *D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 14, la libération après satisfaction des *invecta et illata* donnés en sûreté par le colon : ils étaient donc engagés auparavant par simple convention. Tout ce qu'on pourrait objecter, c'est que cette convention aurait pu donner seulement un droit de rétention comme celui supposé par l'interdit *de migrando*. Mais l'existence de l'action quasi-Servienne au temps de Cassius (n. 5) ne permet guère de croire très postérieurs à Labéon les deux autres moyens plus anciens.

4. D'après Pomponius, *D.*, 13, 7, *De P. A.*, 3, il n'indique, pour le créancier qui s'est laissé dépouiller par surprise de la chose engagée, d'autre voie de droit que l'action *furti* et l'action *ad exhibendum*.

5. D'après Paul, *D.*, 13, 7, *De P. A.*, 18, 3, Cassius décide que le *pignus* établi sur une forêt ne s'appliquant pas au navire fait avec son bois, il faudra ajouter à la convention une clause spéciale l'étendant à *quaeque ex silva facta natave sint*. Cette clause ne peut s'entendre de l'aliénation fiduciaire, car l'acquéreur avec fiducie, propriétaire du bois, serait aussi propriétaire de la chose faite avec lui, selon la doctrine sur la spécification admise par Cassius. Elle ne peut s'entendre du gage ; car la clause ne peut remettre la possession d'un navire qui n'existe pas encore. Le droit résulte donc d'une simple convention, et puisqu'il ne s'agit pas d'*invecta et illata*, il le fait en vertu des règles introduites pour l'action quasi-Servienne.

6. La date d'introduction ainsi obtenue pour l'hypothèque à l'aide des textes se concilie parfaitement avec toutes les vraisemblances d'ensemble. L'opinion selon laquelle l'hypothèque remonterait à une époque reculée du temps de la République, jusqu'au VIe siècle, jusqu'au temps de la guerre d'Hannibal (Dernburg, 1, pp. 62-67 ; Jourdan, pp. 99-93 ; Manigk, Pauly-Wissowa, pp. 323-325) ne s'appuie sur aucune preuve ; car les textes de Plaute et de Caton qu'on invoque s'entendent aussi bien d'un gage qui n'était même alors qu'une simple pratique de la vie courante sans valeur juridique (p. 780, n. 1). A l'inverse, c'est une objection considérable contre l'existence de l'hypothèque à Rome à la fin de la République qu'il ne soit question dans toute l'œuvre de Cicéron que de l'institution provin-

d'action Servienne utile, d'action quasi-Servienne [1], à tous les créanciers quelconques qui auraient fait une pareille convention avec un débiteur quelconque pour une créance quelconque. Et le droit réel prétorien d'hypothèque [2] s'est ainsi trouvé constitué par la création de l'action quasi-Servienne comme le droit de propriété prétorienne l'a été par celle de l'action Publicienne, comme les droits réels du superficiaire et du *conductor agri vectigalis* l'ont été par celle de leurs actions réelles prétoriennes.

L'institution de l'hypothèque ne supplanta pas les deux autres. L'aliénation fiduciaire a survécu, sans beaucoup subir son influence, jusqu'à la disparition de la mancipation et de l'*in jure cessio* (p. 535, n. 2). Le gage a toujours subsisté à côté d'elle, sans doute principalement pour les meubles plus faciles à détourner, mais en se renforçant, en lui empruntant ses avantages, son action réelle [3]. Un texte célèbre dit même, en partant de là, qu'entre le gage et l'hypothèque le nom seul diffère [4]. C'est une exagération. Pour ne parler que de la différence fondamentale [5], l'hypothèque seule se constitue sans déplacement de la possession [6]. En conséquence, elle a cette supériorité de pouvoir être constituée sur une chose déjà grevée d'un gage ou d'une hypothèque [7]. En conséquence

ciale de l'hypothèque grecque (Cicéron, *Ad Att.*, 2, 17, 3. *Ad fam.*, 13, 56, 2). Il est même remarquable que le sénatus-consulte Velléien, rendu entre le temps de Claude et celui de Vespasien, n'a pas visé expressément l'intercession accomplie par voie de constitution d'hypothèque (p. 801, n. 1). Cela prouve ou qu'elle n'existait pas (Cassius n'est mort qu'après l'an 69, date de l'avènement de Vespasien : Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 52), ou qu'elle n'avait pas encore une grande importance. Même depuis que l'existence en est avérée, les mentions en sont peu fréquentes (Cassius, p. 783, n. 5 ; peut-être Nerva le père et Proculus à peu près à la même époque, *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 13 ; Octavenus, *D.*, 20, 3, *Quae res pign.*, 1, 2, Aristo, p. 797, n. 5, Neratius, p. 787, n. 1, vers celle de Trajan) jusqu'au temps d'Hadrien et de ses successeurs (Pomponius, Julien, Africain, Gaius).

1. Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 7 : *Quasi Serviana autem creditores pignora hypothecasve persequuntur*. V. sur sa désignation les énumérations de Bremer, *Jurisprudentia antehadriana*, 1, pp. 218-219 et cf. plus haut la p. 781, n. 1.

2. Cf. *D.*, 9, 4, *De nox. act.*, 30 ; *D.*, 39, 2, *Damn. inf.*, 19, *pr.*

3. *Inst.* 4, 6, *De act.*, 7.

4. Marcien, *D.*, 20, 1, *De pign. et hyp.*, 5, 1 : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

5. On pourrait encore par exemple relever cette différence que la constitution du gage est immédiatement accompagnée d'un contrat réel de gage entre le constituant et le créancier gagiste tandis que ce contrat se formant *re* ne pourra naître entre le créancier hypothécaire et le constituant qu'au moment postérieur où le créancier hypothécaire obtiendra la remise volontaire ou forcée de la possession, et il en a sans doute été ainsi à l'origine. Mais on paraît avoir bientôt admis l'existence des actions personnelles du gage en dehors de toute remise. Cf. *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 36, 1 ; *D.*, 20, 5, *De distr. pign.*, 7, et Dernburg, 1, pp. 140-141.

6. Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 9, 2 : *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.*

7. M. Dernburg, 1, p. 264, 2, p. 479-482, suppose en partant de certains textes (Gaius, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 15, 2 ; Africain, *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 9, 3), que la seconde hypothèque a d'abord été regardée comme constituée sur la chose sous la

aussi, elle peut être constituée même sans la publicité grossière qu'impliquait le déplacement de la possession[1], non seulement sur des biens individuellement déterminés, mais sur tous les biens présents et à venir du constituant[2] : elle est clandestine et elle peut être générale, deux traits nouveaux de l'hypothèque romaine dans lesquels il faudrait se garder de voir des supériorités, qui sont au contraire les deux défectuosités à raison desquelles l'hypothèque n'est jamais arrivée, comme ont fait les sûretés réelles modernes, à prendre le pas à Rome sur les sûretés personnelles[3].

Nous allons étudier, principalement quant au gage et à l'hypothèque, les conditions d'existence, les effets et les modes d'extinction des sûretes réelles romaines.

§ 1. — Conditions d'existence.

Les conditions d'existence des sûretés réelles se rapportent à trois points : aux sources dont elles naissent, aux créances qu'elles garantissent et aux biens sur lesquels elles portent.

I. Sources. — Les sûretés réelles peuvent résulter :

1° De la volonté privée, non seulement d'une convention, qui motive une aliénation fiduciaire ou la constitution d'un gage, qui crée une hypothèque (*pignus conventionale*), mais d'un testament où le disposant

condition que le premier créancier serait désintéressé. Plus tard elle entraîne un droit présent immédiatement sanctionné par l'action quasi-Servienne (Marcien, *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 12, 7).

1. Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 1, *pr.* : *Nuda conventione.* La conséquence était, d'une part, qu'il était impossible à celui qui recevait une hypothèque de savoir si la chose n'avait pas déjà été hypothéquée à une autre personne et, d'autre part, qu'il était assez aisé, pour celui qui avait déjà donné une hypothèque sur sa chose, d'en faire passer frauduleusement une nouvelle avant celle-là en antidatant mensongèrement le nouvel acte de constitution. Le droit impérial essaya de lutter contre le premier mal en frappant de peines publiques comme coupable de stellionat celui qui aliénait ou hypothéquait une chose sans déclarer les hypothèques existant sur elle (*D.*, 47, 20, *Stellionatus*, 3, 1 ; *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 36, 1). L'empereur Léon fut amené par le second à décider, *C.*, 8, 17 (18), *Qui potiores*, 11, que les hypothèques constatées en présence des autorités publiques ou de trois témoins primeraient celles constatées dans de simples actes privés, même lorsque ceux-ci porteraient une date antérieure.

2. Gaius, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 15, 1, signale la clause hypothéquant à côté de biens déterminés tous les biens présents et à venir du débiteur comme une clause usuelle, *quae cottidie inseri solet cautionibus*. Elle paraît avoir été inventée précisément pour protéger contre la surprise résultant de la clandestinité. Elle est en principe prohibée dans notre droit. C. civ., art. 2129. 2130.

3. La préférence des Romains pour les sûretés personnelles résulte, encore plus que des exemples concrets où la sûreté réelle est considérée comme une sorte de pis aller provisoire (v. après Caton, p. 780, n. 1, Labéon, *D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 14 ; Scaevola, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 34, 1), de la règle générale selon laquelle les sûretés personnelles demandées par l'édit du préteur ne peuvent être remplacées par les sûretés réelles (Ulpien, *D.*, 46, 5, *De stip. praet.*, 7). V. cependant Pomponius, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 25.

affecte par exemple certains biens à la sûreté d'un legs [1]. En pareil cas, le constituant doit, en particulier pour la constitution d'hypothèque [2], être propriétaire et capable d'aliéner ; mais, l'hypothèque étant un droit réel prétorien, il lui suffira d'avoir la propriété prétorienne [3] et l'on peut même hypothéquer valablement les choses dont on n'est pas propriétaire, pour le cas où on le deviendrait [4].

2° D'une décision de l'autorité. Cela se présente dans les deux cas du *pignus praetorium* et du *pignus ex judicati causa captum*, qui, exigeant une prise de possession matérielle, sont des gages et non des hypothèques [5].

3° De la loi. Le droit romain présente, à mesure qu'il se développe, un nombre toujours plus élevé d'hypothèques tacites [6] établies sur les biens d'un débiteur tantôt par faveur pour la créance (hypothèque du

1. L'hypothèque appartenant au légataire en vertu d'une simple disposition du testateur est attestée par Justinien, *C.*, 6, 43, *Comm. de leg.*, 1. La question est de savoir depuis quand elle existe. Elle n'a pu le faire dans l'ancien droit faute de mode de constitution ; car le seul legs qui crée des droits réels, le legs *per vindicationem,* ne crée que des droits réels civils et le fidéicommis lui-même ne fonde qu'un droit de créance aboutissant à l'établissement d'une hypothèque conventionnelle. On a soutenu que cela avait changé à la fin de l'époque classique où Ulpien, *D.*, 13, 7, *De P. A.*, 26, écrit que Sévère et Caracalla ont souvent répondu *pignus testamento constitui posse* et où, dit-on, la superficie et le *jus in agro vectigali* qui sont des droits réels prétoriens pouvaient être constitués par legs (p. 393, n. 4 ; p. 394, n. 6). Mais il n'est pas sûr que les legs dont il est question à propos de la superficie et de l'*ager vectigalis* ne soient pas simplement des legs *per damnationem* obligeant à les constituer et les constitutions de Sévère et Caracalla invoquées par Ulpien peuvent s'entendre du gage résultant de la *missio in possessionem* accordée au légataire, que Papinien, *D.*, 33, 1, *De ann. leg.,* 9, considère vers la même époque comme le seul effet d'une pareille disposition. Paul, *D.*, 34, 1, *De alim. leg.*, 12, n'apprend rien sur la question.

2. Au cas de gage, le cessionnaire pourrait, quoique tenant d'un non-propriétaire, avoir les interdits possessoires.

3. La formule de l'action hypothécaire exigeait seulement que la chose fût *in bonis* du constituant (p. 790, n. 2).

4. L'hypothèque est certainement valable, si elle est constituée sous la condition que le constituant deviendra propriétaire (Marcien, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 16, 7). Et on valide en conséquence, comme faites sous cette condition tacite, soit l'hypothèque consentie par un individu sur une chose dont il est créancier, par ex. sur une chose qu'il a achetée, soit l'hypothèque des biens à venir (Papinien, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 1, *pr.*). Mais il y a plus de difficultés pour l'hypothèque consentie par une personne sur la chose d'autrui sans condition expresse ou tacite de ce genre. Cependant on paraît avoir fini par admettre qu'au moins quand le concessionnaire croyait le constituant propriétaire au moment de la constitution, l'hypothèque deviendra valable si le constituant acquiert plus tard la propriété de la chose ou si le propriétaire hérite du constituant. C'est la solution que paraît admettre Papinien, au texte cité, et elle est appliquée par Modestin, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 22, au cas où le propriétaire hérite du constituant pour lequel elle est à la vérité formellement repoussée par Paul, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 41. Une décision d'apparence divergente donnée pour l'autre cas par Africain, *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 9, 3, se rattache, croyons-nous, au développement historique, p. 784, n. 7.

5. *C.*, 8, 21 (22), *De praetorio pignore* ; 8, 22 (23), *Si in causa judicati pignus captum sit.* Cf. Jourdan, pp. 445-462 ; Dernburg-Sokolowski, §§ 233-234.

6. *D.*, 20, 2, *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.*

bailleur de biens urbains sur les meubles du locataire, du bailleur de biens ruraux sur les récoltes [1], de celui qui avance des fonds pour rebâtir un édifice sur la chose reconstruite [2]), tantôt par faveur pour le créancier (hypothèque du fisc sur les biens de ses débiteurs [3] ; des personnes en tutelle et en curatelle sur les biens de leurs tuteurs et curateurs [4] ; sous Justinien, de la femme sur les biens du mari pour sa dot, des légataires sur les biens de la succession pour leur legs [5]).

II. Créance garantie. — L'hypothèque est un droit réel accessoire qui suppose une créance garantie. Mais elle peut, comme le cautionnement, garantir une dette quelconque, soit avant, soit après sa naissance [6], à la fois pour le principal et les accessoires [7]. Seulement, tandis que la caution garantit uniquement la dette cautionnée, Gordien décida, par interprétation de volonté, que l'hypothèque donnée par le débiteur pour une dette garantit de plein droit la nouvelle dette contractée par lui envers le créancier [8].

III. Objet. — L'objet n'a pas été le même dans tous les temps. Sans parler de l'aliénation fiduciaire, le gage et l'hypothèque, qui peuvent l'un et l'autre porter indifféremment sur des meubles et des immeubles et dont la seconde peut porter sur des universalités, ne pouvaient

1. Bail à loyer : Neratius, *D.*, *h. t.*, 4, *pr.*, où il note que cette hypothèque tacite n'appartient pas aux bailleurs de biens ruraux. Cf. C. civ., art. 2102, 1°. Bail à ferme : Pomponius, *D.*, *h. t.*, 7. Cf. C. civ., art. 2102, 1°. V. sur les deux, A. Oestergren, *Das gesetzliche Pfandrecht d. Vermieters u. Verpächters nach römisch. Recht*, 1905.
2. Sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle : *D.*, *h. t.*, 1. Cf. C. civ., art. 2103,4°.
3. Cette hypothèque dont l'origine remonte peut-être à la loi Julia sur l'impôt des successions (*Fragm. de jure fisci*, 5), garantit certainement au temps des Sévères les créances du fisc nées de ses contrats ou relatives aux impôts et ne garantit certainement pas ses créances nées de délits. On discute si elle garantit ou non toutes ses créances sauf cette exception. V. dans le premier sens, Windscheid, 1, § 232, n. 1 ; dans le second, Dernburg, *Pfandrecht*, 1, §§ 41-43.
4. Pour les fous, cette hypothèque légale date seulement du temps de Justinien (*C.*, 5, 70, *De cur. fur.*, 7, 5 *a*). Pour les impubères et les mineurs on discute si elle date de celui de Sévère et Caracalla (*C.*, 4, 53, *Rem alienam*, 1) ou de celui de Constantin (*C. Th.*, 3, 30, *De adm. et per.*, 1).
5. Dot : *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 29. Legs : *C.*, 6, 43, *Comm. leg.*, 1, 2. Enumérations plus complètes des hypothèques légales dans Dernburg et Jourdan.
6. L'hypothèque peut être constituée non seulement pour une dette civile, mais pour une dette naturelle, non seulement pour une dette existante, ou à terme, ou conditionnelle, mais pour une véritable dette future, par exemple par un locataire en garantie de loyers futurs, par exemple à l'occasion d'une ouverture de crédit (*D.*, 20, 1, *De pign.*, 5. *pr.*), et alors elle prend rang, croyons-nous, si les parties le veulent, non pas seulement du jour de la naissance de la dette, de l'usage fait du crédit, mais du jour de sa constitution (*D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 1, *pr.* ; 9, *pr.*). V. en ce sens, Dernburg, 1, § 69 ; en sens contraire, Windscheid, 1, § 225, n. 7.
7. L'hypothèque s'étend aux accessoires de la créance, intérêts, impenses, etc. (*D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 8, 5).
8. *C.*, 8, 26 (27), *Etiam ob chirographariam*, 1. V. sur des papyrus établissant conventionnellement le même régime avant Gordien, Mitteis, *Grundzüge*, pp. 154-157.

à l'origine porter que sur des choses corporelles, parce qu'il n'en résultait qu'un droit de posséder ; plus tard le créancier obtient à côté du *jus possidendi* le *jus distrahendi* et en conséquence on peut hypothéquer tout ce qui peut être vendu[1]. Le propriétaire peut, en partant de là, hypothéquer sa chose, soit pour la pleine propriété, soit pour un démembrement, un droit de superficie ou de *conductio agri vectigalis* à constituer, une servitude d'usufruit à constituer, une servitude rustique à constituer, mais non pas une servitude urbaine[2]. Le titulaire d'un usufruit, d'un droit réel de superficie ou de *conductio agri vectigalis* peut également hypothéquer son droit[3]. Le titulaire d'une créance peut l'hypothéquer (*pignus nominis*)[4]. Le titulaire d'une créance garantie par une hypothèque peut hypothéquer l'hypothèque sans la créance (*pignus pignoris*)[5].

1. *D.*, 20, 1, *De pign.*, 9, 1 : *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.*

2. Usufruit : *D.*, 20, 1, *De pign.*, 11, 2. Servitudes de passage et de prise d'eau : *D.*, *h. t.*, 12 ; mais non les servitudes urbaines : *D.*, *h. t.*, 11, 3. Il n'y a pas de textes pour les autres servitudes rustiques ni pour les droits réels prétoriens. Mais, dans l'opinion générale, on peut les hypothéquer comme l'usufruit et les servitudes de passage et de prise d'eau. Le droit du créancier consistera à vendre le droit d'usufruit, de superficie, d'emphytéose à n'importe qui, celui de servitude à un propriétaire voisin ; et c'est précisément pour cela que l'on ne peut hypothéquer une servitude urbaine à constituer : elle ne pourrait pas servir à assez d'acheteurs.

3. Usufruit : *D.*, *h. t.*, 11, 2. Superficie, emphytéose ; pp. 393, n. 2. 394, n. 6. Au contraire on ne peut hypothéquer les servitudes prédiales, parce qu'elles ne peuvent être vendues sans le fond. — Le C. civ., art. 2118. 2119 ne permet d'hypothéquer que les immeubles et leur usufruit.

4. Le *pignus nominis*, sur lequel nous ne reviendrons pas, donne, croyons-nous, quoiqu'on l'ait contesté, un droit de vendre au créancier hypothécaire (*C.*, 3, 39, *De her. vel. act. vend.*, 7). En revanche, il ne peut lui donner de *jus possidendi*, puisque les créances ne sont pas susceptibles de possession. Mais il lui donne un *jus exigendi*, le droit de réclamer le paiement du tiers débiteur en intentant les actions du constituant comme actions utiles pour se payer sur leur objet, si c'est de l'argent, ou sans cela pour le conserver à titre de gage ordinaire (Paul, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 18, *pr.*).

5. Au cas de *pignus nominis*, c'est la créance même qui est engagée : celui à qui elle est hypothéquée pourra l'exercer jusqu'à concurrence de son droit par tous les droits et actions du constituant, tant par son action personnelle que, si elle est elle-même garantie par une hypothèque, par son action hypothécaire (n. 4). Au cas de *pignus pignoris*, ce qui est hypothéqué, c'est seulement l'hypothèque sans la créance, en sorte que le bénéficiaire pourra bien exercer, jusqu'à concurrence de sa créance, l'action hypothécaire du constituant, mais non pas son action personnelle. C'est, quant à cette question très discutée (l'ouvrage principal est celui de R. Sohm, *Die Lehre vom Subpignus*, 1864 ; v. en outre Windscheid, 1, § 239, n. 14), la conception qui nous paraît commandée moins par le texte fondamental, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 13, 2) qui est obscur, que par la nécessité logique de distinguer nettement du *pignus nominis*, où l'on hypothèque la créance avec tous ses accessoires, le *pignus pignoris*, où l'on hypothèque seulement l'hypothèque, où l'on engage uniquement le droit déjà constitué sur la chose hypothéquée comme dans les subrogations à l'hypothèque moderne et dans les sous-ordres de notre ancien droit.

§ 2. — Effets.

Tandis que l'acquéreur avec fiducie, devenant propriétaire, avait sur la chose, sauf sa responsabilité contractuelle, tous les droits attachés à la propriété [1], le créancier gagiste ou hypothécaire a seulement deux droits, d'ancienneté et de généralité inégales : le *jus possidendi* et le *jus distrahendi*.

I. *Jus possidendi*. — Le premier droit du créancier, le plus ancien, est le *jus possidendi*, le droit à la possession, conféré au créancier gagiste immédiatement, au créancier hypothécaire à l'échéance. De même, a-t-on dit, que l'usufruitier a le droit de jouir de la chose d'autrui (*jus utendi et fruendi*) le créancier hypothécaire a un droit de posséder portant sur la chose d'autrui (*jus possidendi*) et, de même que, pour sanction de son droit, l'usufruitier a l'action confessoire, une *vindicatio servitutis*, le créancier hypothécaire a, pour sanction du sien, l'action quasi-Servienne ou hypothécaire [2], une *vindicatio pignoris*, dans laquelle il réclame la possession de la chose (*possessionem persequitur*).

1. Au point de vue de la responsabilité contractuelle, on peut d'ailleurs rencontrer en matière de fiducie à peu près tous les arrangements relatifs au droit du créancier de se payer sur la chose donnée en sûreté que nous trouverons plus loin en matière de gage et d'hypothèque. En face des tiers, le fiduciaire étant propriétaire a pleine capacité d'aliéner ; mais, en face de l'aliénateur avec fiducie, il est tenu, à peine de dommages-intérêts, à rendre la chose quand on lui offre le prix et qu'il n'a donc plus de raison de la garder. En conséquence il a grand intérêt à convenir d'une *lex commissoria* en vertu de laquelle la chose lui restera définitivement en paiement sans pouvoir désormais lui être réclamée, s'il n'est pas payé au jour dit (cf. *D.*, 18, 3, *De leg. comm.*, les fr. 2 de Pomponius : Lenel, 797, et 3 d'Ulpien : Lenel, 905, traitant de la *lex commissoria* à propos de la fiducie); à conclure un *pactum de distrahendo*, qui fut sans doute du reste vite sous-entendu et en vertu duquel il ne sera comptable sur l'action *fiduciae* que du prix reçu et non de la valeur de la chose (cf. par ex. Pomponius, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 8, 4 : Lenel, 799) ; à détailler aussi dans la convention pour éviter des chicanes postérieures la façon dont il pourra faire la vente (cf. surtout la table de Bétique, *Textes*, pp. 822-824). Il s'est même développé sur le terrain de l'aliénation fiduciaire une institution symétrique à celle de l'*impetratio dominii*, p. 795, n. 2, selon laquelle le fiduciaire, qui ne trouve pas d'acheteur et qui ne veut pas être indéfiniment exposé à la réclamation de l'aliénateur, peut se faire attribuer par l'empereur, à dire d'expert, non pas la propriété qu'il a déjà, mais le droit de la garder définitivement (Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 24, *pr.* : Lenel, 903). Enfin la question de la validité de la clause enlevant le droit de vendre s'est posée là, comme pour l'hypothèque, quoique en termes différents, et elle a été tranchée dès l'époque classique en ce sens que le fiduciaire qui n'est pas payé à l'échéance et qui somme vainement le débiteur de racheter la chose peut la vendre sans engager sa responsabilité nonobstant toute clause contraire (Paul, *Sent.*, 2, 13, 5). Cf. Pernice, *Labeo*, 3, pp. 138-140 ; Jacquelin, *Fiducie*, pp. 257-320.

2. M. Fehr estime ce nom interpolé jusque dans les titres des ouvrages sur la *formula hypothecaria* de Gaius et de Marcien. Cela ne paraît conciliable ni avec la façon d'agir des compilateurs, ni peut-être avec leurs pouvoirs, ni enfin avec la citation de l'ouvrage de Marcien faite dans les Fragments du Sinaï, 5, *in fine*. V. outre les études déjà citées d'Erman et Manigk, Segré, *Mélanges Girard*, 2, p. 544, n. 3 et Berger, *K. V. I.*, 16, 1914, pp. 100-101.

L'action hypothécaire est une action réelle qu'il peut intenter contre tout possesseur, soit contre le constituant lui-même, pour assurer son droit de préférence en se faisant attribuer la possession de la chose qu'il soustrait ainsi aux autres créanciers, soit, pour exercer son droit de suite, contre les tiers détenteurs à quelque titre qu'ils le soient. La formule [1], qui est une *formulâ arbitraria* rédigée *in factum*, pose au juge la triple question de savoir s'il y a eu constitution d'hypothèque, si la chose était la propriété prétorienne du constituant et si la dette n'a pas été éteinte [2], et elle lui prescrit, s'il en est ainsi, de condamner le défendeur à moins qu'il ne satisfasse le demandeur [3]. En sorte que, sur la preuve faite par le demandeur, le juge rendra un *arbitratus* prescrivant au défendeur de délaisser ou de payer et passera, faute d'exécution de l'*arbitratus*, à une condamnation pécuniaire [4], dont le recouvrement est assuré par la *satisdatio judicatum solvi* exigée des défendeurs à toutes les actions réelles (p. 353).

C'est une procédure absolument symétrique à celle que nous avons vu fonctionner pour beaucoup d'actions réelles arbitraires, par exemple pour la revendication et pour l'action Publicienne. Mais, comme ces actions, comme surtout l'action Publicienne, l'action hypothécaire, dont l'*intentio* est vérifiée, peut se trouver paralysée par des exceptions, surtout quand elle est intentée contre des tiers. En effet, l'action hypothécaire appartient au créancier dès lors qu'il a une hypothèque sur un bien ; il pourrait donc l'intenter à son gré sur celui des objets hypothéqués qu'il voudrait, quelle que fût la date ou plus largement le rang de sa créance. Mais cela est modifié précisément par des exceptions accordées à certaines personnes : par l'exception de discussion, qui, en droit nouveau, le forcera à discuter certains biens avant d'arriver à d'autres ; par l'exception de priorité du rang, bien plus ancienne, qui l'empêchera de déposséder ceux dont l'hypothèque ou le titre sera supérieur au sien.

1. *Exception de discussion.* Si en principe le créancier qui a une hypothèque sur plusieurs objets peut l'exercer sur celui qu'il veut, cela

1. Cf. sur la rédaction de la formule, Lenel, *Edictum*, § 267.

2. Marcien, *D.*, 22, 3, *De prob.*, 23, pour les deux premières conditions et *D.*, 20, 1, *De pign.*, 13, 4, pour la troisième.

3. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 31. Marcien, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 16, 3. L'*arbitratus* du juge prescrira certainement au défendeur de payer ou de délaisser ; mais c'est un point controversé de savoir si cette tâche lui est conférée par une rédaction spéciale de la *clausula arbitraria* portant l'alternative *nisi restituat aut pecuniam solvat* ou, comme le pense M. Lenel, simplement par la formule ordinaire *nisi ea res arbitratu tuo restituetur*.

4. Le montant de cette condamnation diffère selon qu'elle est prononcée contre le débiteur ou contre un tiers détenteur : si elle est prononcée contre le débiteur, elle ne peut excéder le montant de la créance ; mais, si elle est prononcée contre un tiers, elle peut s'élever à toute la valeur de la chose, sauf au créancier à rendre l'excédent au débiteur sur l'action *pigneraticia directa* (Ulpien, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 21, 3).

a été restreint : 1° par Sévère et Caracalla qui ont décidé que le créancier qui a à la fois une hypothèque générale et une hypothèque spéciale, ne pourra atteindre ceux affectés à l'hypothèque générale que quand les premiers seront insuffisants (*excussio realis*) [1] ; 2° par Justinien qui décida que le créancier, avant d'intenter l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs, devrait d'abord agir contre les personnes obligées personnellement à la dette contre le débiteur principal et contre les cautions (*excussio personalis*) [2].

2. *Exception d'hypothèque ou de priorité de rang*. En face du débiteur, en face d'un tiers détenteur sans titre, le second, le troisième, le quatrième créancier hypothécaire a le même droit que le premier. Mais, entre créanciers hypothécaires, celui-là est préférable dont l'hypothèque est première en rang, c'est-à-dire en général celui dont l'hypothèque a été constituée le plus anciennement [3], par exception celui dont l'hypothèque doit passer avant la plus ancienne en vertu d'une disposition spéciale de la loi (hypothèques privilégiées, par exemple du fisc, au moins pour les créances d'impôt ; de celui qui a fait un sacrifice pour l'acquisition, la conservation ou l'amélioration de la chose ; de la femme pour la restitution de sa dot ; hypothèque constituée par un titre public ou attestée par trois témoins d'après une constitution de Léon) [4].

Le créancier hypothécaire ne peut se prévaloir de son droit contre les créanciers hypothécaires qui lui sont supérieurs en rang. Or rien ne l'empêcherait de le faire si la seule question posée au juge de leur litige était celle contenue dans l'*intentio* de l'action hypothécaire. Pour empêcher cela, le créancier hypothécaire a contre l'action hypothécaire, comme du reste contre l'action en revendication du constituant ou contre la revendication et les actions réelles des ayants cause du constituant, une exception, l'exception d'hypothèque (*rei sibi pigneratae, si non convenit ut sibi res fuerit obligata*). Mais, si celui qui intente l'action hypothécaire est lui-même préférable en rang, il aura pour paralyser cette exception, une réplique, la réplique de priorité de rang (*si non sibi res*

1. *C.*, 8, 13 (14), *De pign.*, 2.

2. Nov. 4, c. 2. En conséquence donc, du tiers détenteur et de la caution, c'est la caution qui doit définitivement supporter la dette ; le bénéfice de cession d'actions ne lui permettra de profiter des hypothèques que pour les biens qui seront encore entre les mains du débiteur.

3. Antonin Caracalla, *C.*, 8, 17 (18), *Qui pot.*, 3 (4) : *Si fundum pignori accepisti antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior jure*. Les hypothèques conventionnelles qui sont pratiquement les plus importantes, prennent rang du jour de leur constitution, même, croyons-nous, quand la créance garantie ne naît que postérieurement (p. 787, n. 6). Les hypothèques légales prennent rang du jour de la créance.

4. Hypothèque du fisc : *C.*, 4, 46, *Si propter publ. pens.*, 1. Hypothèque du conservateur de la chose (privilège *de versio in rem*) : *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 5 ; 6. Hypothèque de la femme pour sa dot : *C.*, 8, 17 (18), *Qui pot.*, 12. Constitution de Léon : p. 785, n. 1.

ante fuerit obligata) [1]. En sorte que, par ce jeu d'exception et de réplique, celui dont le rang sera préférable obtiendra ou conservera la possession [2].

II. *Jus distrahendi.* — Le premier effet de l'hypothèque, le *jus possidendi* n'a qu'une vertu négative, ne peut servir à faire payer le créancier qu'indirectement, en poussant le débiteur ou les autres créanciers à le payer pour rentrer en possession de la chose. Mais il est possible qu'ils ne le fassent pas, qu'ils n'aient pas d'intérêt à le faire, parce que la chose ne vaut pas plus que la dette garantie. La question qui se pose, c'est la question de savoir si le créancier peut se payer sur la chose, par exemple en la vendant à un tiers et en s'en appropriant le prix.

Le créancier gagiste n'est pas propriétaire. Il commettrait un *furtum* en vendant la chose, absolument comme le dépositaire, le commodataire,

1. Marcien, *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 12, *pr.*
2. Il faut remarquer, sur le *jus possidendi* sanctionné par l'action hypothécaire, que cette action n'est pas la seule voie de droit qu'ait le créancier hypothécaire pour protéger son droit à la possession. Il a, dans les termes que nous avons indiqués, p. 784, n. 5, comme le créancier gagiste, l'action personnelle qui naît du contrat de gage contre le constituant. Il a aussi, comme lui, les actions qui naissent des délits commis contre la chose, ainsi l'action *furti* au cas de vol, l'action utile de la loi Aquilia au cas de *damnum injuria datum* (p. 417, n. 6 ; p. 424, n. 4). Il a aussi, comme lui, à partir du moment où la possession lui a été remise, les interdits *retinendae* et *recuperandae possessionis*. Enfin, il a, au moins dans certains cas, pour obtenir cette possession, quand il ne l'a pas eue encore, à côté de l'action hypothécaire, un interdit : c'est l'interdit Salvien que nous avons vu, p. 782, n. 4, avoir été introduit à côté de l'action Servienne et probablement avant elle au profit du bailleur afin de lui permettre d'obtenir la possession des *invecta et illata* affectés à la sûreté de sa créance sans remise matérielle. Mais, sur cet interdit, à peu près tout est controversé. On discute si, comme l'action hypothécaire, il a été étendu du bailleur aux autres créanciers ; l'extension nous paraît prouvée par Gordien, *C.*, 8, 9, *De prec. et Salv. int.*, 1, qui le donne contre le *conductor debitorve* ; v. aussi Paul, *Sent.*, 5, 6, 16. On discute aussi s'il peut, comme l'action hypothécaire, être intenté contre tout possesseur, ainsi que paraît dire Julien, *D.*, 43, 33, *De Salv. int.*, 1, ou seulement contre le constituant, ainsi que semble dire Gordien, *C.*, *h. t.*, 1. A notre sens, la restriction est prouvée pour le temps de Gordien par sa constitution qui dit positivement que *tantummodo adversus conductorem debitoremve competit.* Quant au texte de Julien, le rapprochement d'Ulpien, *D.*, 20, 1, *De pign.* 10, établit que Julien y parlait d'abord de l'action Servienne et qu'il a été rapporté à l'interdit Salvien par une interpolation. Seulement il résulte de cette interpolation même que, depuis Justinien, l'interdit existe contre les tiers comme l'action Servienne. En revanche il continue alors à différer de l'action Servienne, par un avantage, qui est sa raison d'être, et par un inconvénient corrélatif : le demandeur y triomphe par la simple preuve de la constitution de la sûreté et ne peut être repoussé même par la preuve d'un droit supérieur au sien, ainsi, sous Justinien, d'une hypothèque préférable en rang ; il n'entraîne qu'une décision provisoire contre laquelle on pourra se pourvoir en invoquant le fond du droit, par exemple par l'action Servienne : les deux solutions sont données au moins pour le droit de Justinien, *D.*, *h. t.*, 2. Cf. Lenel, *Z. S. St.*, 3, 1882, p. 180. *Edictum*, § 266, et les citations de Windscheid, 1, § 236, n. 5.

qui vendent la chose mise entre leurs mains à titre de dépôt ou de prêt ; seulement la constitution de gage était très souvent accompagnée de conventions accessoires destinées à le protéger contre l'ennui d'une garde se prolongeant indéfiniment : ainsi d'une convention par laquelle, faute de paiement à l'échéance, il deviendrait propriétaire de la chose pour le montant de la dette (*lex commissoria*) [1] : ainsi d'une convention par laquelle, au même cas, il deviendrait propriétaire à un prix fixé à dire d'experts [2] ; ainsi enfin d'une convention par laquelle, faute de paiement à l'échéance, il aurait le droit de vendre et d'aliéner le gage [3]. Dans le premier et le second cas, on lui faisait dès le moment de l'acte une vente et une tradition conditionnelles ; dans le troisième, on lui donnait sous la même condition le pouvoir de vendre et d'aliéner par une tradition qui rendait l'acheteur propriétaire civil, si elle portait sur une *res nec mancipi*, propriétaire prétorien, si elle portait sur une *res mancipi* ; mais cette faculté n'existait pour lui que si elle lui avait été conférée par une convention expresse : le gage ne lui donnait droit qu'à la possession.

Il en est absolument de même de l'hypothèque à l'origine. Le seul effet est le *jus possidendi* qu'elle permet d'obtenir à l'échéance comme le gage le donne dès le principe. Seulement, comme au cas de gage, on joindra souvent à la convention d'hypothèque l'une des trois clauses et notamment la dernière [4]. Le *jus distrahendi* en résultera, mais de la clause et non de l'hypothèque.

Et ce régime commun au gage et à l'hypothèque a subsisté fort longtemps. Non seulement le contemporain de Domitien et de Trajan, Javolenus dit que celui qui vend la chose engagée sans convention l'y autorisant, commet un vol ; mais la nécessité de la convention expresse est également supposée par Gaius, sous Antonin le Pieux, et a été admise peut-être plus tard encore [5]. Seulement à partir du temps des Sévères,

1. Cette clause figure déjà, avons-nous vu, p. 780, n. 1, dans les formulaires de Caton. Sur son rapport avec l'attribution au fisc ou aux publicains de choses saisies par la douane (p. 321, n. 5), cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, p. 134. Les deux textes de Cicéron, *Ad fam.*, 13, 56, 2, et *Pro Flacco*, 21, 51, qui parlent d'un effet semblable ne se rapportent, croyons-nous, ni à la fiducie, ni à l'hypothèque romaines, mais aux sûretés grecques régies par des règles analogues (Hitzig, p. 84, p. 77 ; Beauchet, 3, p. 370).

2. Cette convention sans doute moins fréquente est citée par Marcien, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 16, 9.

3. Ce pacte est déjà mentionné par Labéon, *D.*, 20, 1, *De pign.*, 35.

4. Le pacte est signalé distinctement pour le gage et l'hypothèque *C.*, 4, 24, *De pign. act.*, 4.

5. Javolenus, *D.*, 47, 2, *De furtis*, 74 (73). Gaius, *Inst.*, 2, 64. Un texte de Pomponius, écrit sous Hadrien, que l'on cite souvent (*D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 8, 4.5 : Lenel, 799) se rapportait originairement à la fiducie, mais fournit d'ailleurs un argument *a fortiori*. Au contraire des textes de Paul (*D.*, 20, 3, *Quae res*, 3) et d'Alexandre Sévère (*C.*, 4, 24, *De pign. act.*, 4), qui supposent l'existence de pactes

certains jurisconsultes et notamment Ulpien [1] appliquaient à cette clause devenue de plus en plus fréquente, l'idée que les clauses de style se sous-entendent, que les parties, quand elles ne s'en sont pas expliquées, ont entendu s'y référer et ils décidaient que le créancier avait le droit de vendre sans clause expresse, qu'il ne commettait de *furtum* [2] en vendant qu'en présence d'une clause expresse le lui défendant. Justinien a fait un nouveau pas en établissant une règle, qu'il attribue, croyons-nous, mensongèrement au même Ulpien, et selon laquelle la clause prohibitive n'a plus d'autre effet que d'obliger le créancier à faire trois sommations au constituant avant de procéder à la vente [3]. Il a en revanche conservé une décision de Constantin prohibant la *lex commissoria* [4].

Reste à déterminer les conditions et les effets du *jus distrahendi* du créancier ainsi devenu progressivement d'un effet accidentel un effet naturel et même finalement un effet essentiel de la convention d'hypothèque.

1. Pour que la vente soit valable, il faut d'abord, jusqu'à Justinien, qu'il n'y ait pas de clause expresse enlevant le droit de vendre au créancier ; ensuite que le créancier soit le premier en rang [5] ; enfin que la dette soit échue et non payée. Le créancier paraît en outre avoir été astreint probablement par des dispositions du droit positif, à faire auparavant au débiteur une ou plusieurs sommations de payer [6]. Mais à ces conditions

autorisant le créancier à vendre, ne prouvent pas que ces pactes fussent encore indispensables à leur époque.

1. Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 4 (Lenel, 2874) : *Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur ut liceat distrahere, si modo non convenit ne liceat.* Paul, *Sent.*, 2, 5, 1. Livre syro-romain, L 96.124.

2. Ulpien, *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 4 (suite) : *Ubi vero convenit ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur.* Gordien, *C.*, 8, 27 (28), *De distr. pign.*, 7, subordonne encore la validité de la vente à l'absence de clause contraire.

3. *D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 4 (fin) : *Nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.* L'interpolation admise par de nombreux auteurs (v. Windscheid, 1, § 237, n. 5) est établie : quant au fond, par le rapprochement de la constitution de Gordien, n. 2, qui subordonne encore la validité de la vente au défaut de clause contraire et des textes de Paul et du livre syro-romain, n. 6, qui exigent les trois sommations non pas au cas de clause contraire, mais à celui d'absence de clause expresse ; quant à la forme, nous semble-t-il, par l'incorrection du texte actuel qui littéralement exige une dénonciation faite au créancier (*creditor... obligatur nisi ei ter fuerit denuntiatum*). Une opinion défendue notamment par M. Kohler, *Pfandrechtliche Forschungen*, 1882, pp. 65-68, regarde au reste le texte comme écartant seulement les peines du *furtum* sans valider la vente.

4. *C.*, 8, 34 (35), *De pact. pign.*, 3.

5. *D.*, 20, 5, *De distr. pign.*, 1 (*nullo jure vendidit*) ; *C.*, 8, 17 (18), *Qui pot.*, 8. Exactement la vente est, croyons-nous, nulle seulement au regard du créancier antérieur et non du constituant ; mais, en résultat pratique, cela équivaut à une impossibilité de vendre pour tous les créanciers autres que le premier en rang.

6. Cette signification est prescrite par Dioclétien, *C.*, 5, 37, *De adm. tut.*, 18. V. aussi le livre syro-romain, L 96.124. D'après Paul et le livre syro-romain,

il peut vendre quand et comme il veut, aux enchères ou à l'amiable, sans l'assentiment du débiteur et même malgré lui [1]. Seulement il ne peut pas se vendre à lui-même : la chose pourrait seulement lui être attribuée en paiement, après évaluation préalable, par une décision impériale, définitive au bout d'un certain délai, dont la pratique est attestée dès le temps des Sévères (*impetratio dominii*) [2]. Justinien a remanié le système, soit quant à la vente qui n'est plus permise que deux ans après la dernière sommation, soit quant à la *dominii impetratio* pour laquelle il a porté le délai à deux ans [3].

2. Entre l'acheteur et le créancier qui lui vend, les effets sont en principe ceux de la vente ordinaire. L'acheteur est obligé à payer le prix et ne devient propriétaire que par le paiement. Le vendeur est obligé à une délivrance qu'il fera en nature, s'il a la chose entre les mains, ou sinon par la cession de son action hypothécaire [4]. Il est aussi tenu à garantie, non pas il est vrai du droit du constituant, mais de son titre [5]. Quant au constituant, la vente le dépouille de sa propriété, comme s'il avait aliéné lui-même et elle l'oblige même à garantie [6] : en revanche, il profite du prix en ce sens qu'il est libéré de sa dette, dans la mesure où elle a été payée, et qu'il a droit à l'excédent (*hyperocha*), si le prix versé est supérieur à celle-ci [7]. Enfin les créanciers postérieurs en

L. 96 (mais non 124), elle devrait être répétée trois fois, quand le pacte était muet sur le droit de vendre. Les textes montrent aussi qu'il était d'usage d'annoncer la vente par voie d'affiches ; cf. *C.*, 8, 27 (28), *De distr. pign.*, 4 ; *D.*, 47, 10, *De injuriis*, 15, 32. Mais c'était seulement une forme d'usage dont l'absence pouvait engager la responsabilité du créancier gagiste envers le constituant sans influer sur le sort de la vente. Cf. *C.*, 8, 27 (28), *De distr. pign.*, 7.

1. Sous ce rapport, on voit ici, comme en bien d'autres cas, l'institution développée briser le moule dans lequel elle s'est formée. En partant de l'idée que le créancier hypothécaire vend et surtout fait tradition sur le mandat du débiteur (Gaius, 2, 64), on dirait que l'opposition du débiteur révoque ce mandat. Au contraire le créancier peut incontestablement vendre malgré cette opposition, comme après la mort du débiteur, qui révoquerait le mandat, comme après la perte de la propriété par le débiteur, qui enlève au débiteur lui-même le droit d'aliéner.

2. *C.*, 8, 33 (34), *De jure dominii impetrando*. Cf. Dernburg, *Pfandrecht*, 2, § 118. L'institution, sur laquelle il y a du reste de nombreuses incertitudes, apparaît comme pleinement développée en l'an 229, chez Alexandre Sévère, *C.*, *h. t.*, 1. V. aussi Ulpien, *D.*, 27, 9, *De reb. eor.*, 5, 3 ; Tryphoninus, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 63, 4. Elle se présente sous un aspect un peu différent au VI[e] siècle dans Cassiodore, *Variae*, 5, 7. Cf. p. 789, n. 1.

3. *C.*, *h. t.*, 3.

4. Paul, *D.*, 20, 5, *De distr. pign.*, 13.

5. Alexandre Sévère, *C.*, 8, 45 (46), *Creditorem evictionem non debere*, 1.

6. Les jurisconsultes romains semblent avoir été ici fort hésitants. Ulpien, *D.*, 21, 2, *De ev.*, 38, propose de donner à l'acheteur l'action *ex empto* contre le créancier vendeur pour lui demander la cession de son action *pigneraticia contraria* contre le constituant. Tryphoninus, *D.*, 20, 5, *De distr. pign.*, 12, 1, lui donne contre le débiteur une action utile dont le caractère est discuté. Hermogénien, *D.*, 21, 2, *De ev.*, 74, 1, lui donne franchement contre lui une action *empti*.

7. Il a pour cela l'action *pigneraticia directa* (*D.*, 13, 7, *De pign. act.*, 42).

rang sont dépouillés par la vente de leur droit sur la chose hypothéquée, mais gardent un droit de préférence sur le prix, si le montant en est supérieur à la créance du premier créancier vendeur [1].

§ 3. — Extinction.

L'extinction de l'hypothèque peut être principale ou accessoire.

I. Extinction accessoire.— L'hypothèque est éteinte par contre-coup de l'extinction de la créance garantie, au cas de paiement, de novation, de remise de dette et d'une manière générale toutes les fois que le créancier a été satisfait [2]. Au contraire elle ne l'est pas par la *litis contestatio*, et, quand la chose hypothéquée est entre les mains du débiteur, elle ne l'est pas par la prescription trentenaire.

Mais il importe surtout de remarquer que les effets résultant pour l'hypothèque de l'extinction de la dette principale, sinon peuvent être modifiés, au moins semblent masqués par la théorie de l'indivisibilité et par celles de la cession d'action et de la *successio in locum.*

1. *Indivisibilité.* L'hypothèque est indivisible en ce double sens qu'elle porte tout entière sur chaque partie de la chose et qu'elle garantit tout entière chaque partie de la dette. La seconde idée fait que le créancier qui a reçu un paiement partiel peut vendre le tout pour le reliquat; la première que, si la chose se trouve divisée par aliénation entre vifs, par partage de succession, le créancier pourra demander un paiement intégral à chaque cohéritier, à l'acquéreur de chaque partie divise ou indivise [3].

2. *Cession d'actions et successio in locum.* La cession d'actions et la *successio in locum* empêchent également l'extinction de la créance d'entraîner extinction totale de l'hypothèque [4].

La cession d'actions fonctionne au profit du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué comme de la caution [5]. Le tiers détenteur a l'exception de dol pour ne payer qu'autant que le créancier lui cédera ses actions qui lui serviront à se faire rembourser sur les autres immeubles hypo-

1. Marcien le dit positivement en citant Papinien, *D.*, 20, 4, *Quae res pign.*, 12, 5. La seule difficulté est de déterminer l'action donnée au créancier second en rang contre le créancier premier en rang avec lequel il n'a pas traité. C'est sans doute l'action *pigneraticia directa* du constituant contre ce premier créancier qu'on considère comme ayant été hypothéquée au second avec le reste du bien laissé libre par la première hypothèque et qu'il intentera donc comme action utile.

2. *D.*, 20, 6, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, 6, *pr.*

3. Gordien, *C.*, 8, 27 (28), *De distr. pign.*, 6. Dioclétien, *C.*, 8, 31 (32), *Si unus ex pluribus*, 2. Cf. Jourdan, pp. 192-207.

4. La théorie moderne de la subrogation est née de la fusion des bénéfices de cession d'actions et de *successio in locum.*

5. *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 19.

théqués à la dette, à se faire rembourser par les cautions, enfin à repousser les créanciers hypothécaires postérieurs par l'exception de priorité de rang.

La *successio in locum creditoris*[1] existe, comme le bénéfice de cession d'actions, seulement en face d'un créancier qui n'a plus d'usage à faire de ses droits. Elle en diffère en ce qu'au lieu d'avoir besoin d'être demandée, elle se produit de plein droit dans les cas où elle est admise et en ce que ce n'est certainement pas une succession aux droits et actions du créancier[2] : c'est dans un système, une succession à son hypothèque[3], dans un autre système que nous croyons meilleur, une succession à son rang[4]. Elle a été admise par la doctrine romaine au profit de quatre personnes : 1° au profit du capitaliste qui prête de l'argent pour désintéresser un créancier hypothécaire et qui, grâce à elle, verra son hypothèque se placer au rang de celle du créancier désintéressé[5] ; 2° au profit de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui emploie son prix à désintéresser les créanciers hypothécaires premiers en rang et prend ainsi place avant les créanciers restants[6] ; 3° au profit du créancier hypothécaire qui en désintéresse un autre supérieur, ou même inférieur, disent les textes, pour prendre sa place (*jus offerendae pecuniae*)[7] ;

1. *C.*, 8, 18 (19), *De his qui in priorum creditorum locum succedunt.*

2. Cette doctrine, soutenue soit pour tous les cas, soit au moins pour les trois premiers par beaucoup d'auteurs anciens, n'explique pas pourquoi la succession se rapporterait, comme le supposent tous les textes, à une hypothèque déterminée au lieu de s'étendre à toutes celles qui peuvent garantir la créance.

3. V., dans ce sens, Windscheid, 1, § 233 b, n. 16. Brinz, 2, § 348, n. 12. L'argument décisif contre cette opinion est, à notre avis, que, d'après tous les textes, la succession se produit seulement au profit d'une personne ayant déjà un droit réel, dans trois cas sur quatre, ayant une hypothèque. L'existence préalable d'une hypothèque serait superflue, si la succession lui en faisait précisément obtenir une.

4. V. en ce sens Dernburg, *Pfandrecht*, 2, §§ 161-166. Cf. Jourdan, pp. 463-483.

5. *D.*, 20, 3, *Quae res pign.*, 3, 1re phrase, où la succession est déjà admise par Aristo ; Sévère et Caracalla, *C.*, *h. t.*, 1. Les deux textes subordonnent expressément la succession à la constitution d'une hypothèque au profit du prêteur.

6. Alexandre Sévère, *C.*, *h. t.*, 3. Dans ce cas, ce n'est pas une hypothèque, mais son droit de propriété que l'acquéreur met dans le rang des créanciers désintéressés pour repousser les créanciers postérieurs.

7. Paul, *Sent.*, 2, 13, 8. Ce droit n'appartient pas aux créanciers chirographaires auxquels il serait cependant très profitable, s'il constituait une succession à l'hypothèque. Il fonctionne principalement au profit du créancier second ou troisième en rang auquel il permet d'entrer dans le rang du premier soit pour obtenir la possession de la chose (p. 792, n. 2), soit surtout pour la vendre (p. 794, n. 5). Il peut aussi fonctionner, d'après le texte de Paul, au profit du créancier supérieur en rang qui en désintéresse un postérieur, pour lequel son utilité est moins saillante, mais est cependant possible à découvrir, ainsi au cas où le créancier hypothécaire dont la créance n'est pas échue a après lui un créancier gagiste qui laisse la chose dépérir, ainsi peut-être à celui où le créancier premier en rang est dépourvu du *jus distrahendi* et pourra l'exercer du chef du créancier dans le rang duquel il entre (*D.*, 20, 3, *Quae res pign.*, 3, 2e phrase), ainsi encore peut-

4° enfin au cas de novation par changement de débiteur, au profit du créancier qui, se faisant consentir pour sa nouvelle créance une hypothèque sur le bien antérieurement hypothéqué à l'ancienne, se succède à lui-même dans son ancien rang[1].

II. Extinction principale. — L'hypothèque peut s'éteindre à titre principal, indépendamment de la créance garantie, par divers modes. Les plus remarquables[2] sont :

1° La *distractio pignoris* faite par le premier créancier[3].

2° La renonciation du créancier hypothécaire. Elle peut être expresse, mais elle peut aussi être tacite : elle résulte par exemple du concours du créancier hypothécaire à la vente du bien faite par le propriétaire grevé ou, dans le droit du Bas-Empire, de la non-production de sa créance à une vente faite par le même personnage après des annonces publiques[4].

3° La prescription extinctive. A la différence de la sûreté réelle résultant de la fiducie, qui s'éteignait par l'*usureceptio fiduciae* quand l'ancien propriétaire avait eu la chose pendant un an sans être ni locataire ni précariste, et de celle résultant du gage primitif, qui s'éteignait quand le créancier perdait la possession et laissait expirer le délai d'exercice des interdits possessoires, l'action hypothécaire était en principe indépendante de la possession. Mais la libération de l'hypothèque pouvait être atteinte en dehors de l'extinction de la créance, sinon quand la chose était restée entre les mains du constituant, au moins quand elle était passée entre celles d'un tiers.

Quand la chose était entre les mains du constituant, en particulier du débiteur, l'action hypothécaire ne s'éteignait par le laps de temps qu'avec la créance, par voie de conséquence, par trente ans, depuis l'établissement de la prescription trentenaire des actions. Et même Justin a décidé qu'elle durerait dix ans de plus, qu'elle se prescrirait seulement par quarante ans[5] ; dans les dix dernières années, le débiteur est tenu, comme un tiers détenteur, à délaisser.

Si la chose est sortie des mains du constituant, l'hypothèque n'est pas

être au cas où le créancier premier en rang l'exercera pour ne pas perdre un bon placement en subissant le *jus offerendi* du créancier second en rang.

1. Papinien, *D.*, 20, 4, *Qui pot.*, 3, *pr.* Gordien, *C.*, 8, 26 (27), *Etiam ob chirogr.*, 1, *pr.* 1, où l'empereur spécifie la nécessité d'une nouvelle constitution d'hypothèque au moment de la novation.

2. L'hypothèque s'éteint encore par la perte de la chose (*D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 8, *pr.*) et par la réunion sur la même tête des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire de la chose (*D.*, 44, 2, *De exc. r. jud.*, 30, 1).

3. *C.*, 8, 27 (28), *De distr. pign.*, 15, pour l'hypothèque du vendeur ; 8, 17 (18), *Qui pot.*, 6, pour celles des autres.

4. V. pour le premier cas *D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 4, 1, et les nombreux textes cités par Windscheid, 1, § 248 ; pour le second, analogue aux décrets volontaires de notre ancien droit, Dioclétien, *C.*, 8, 25 (26), *De remiss. pign.*, 6.

5. *C.*, 7, 39, *De praescr. XXX vel XXXX ann.*, 7, 1.

plus éteinte que les autres droits réels par l'usucapion de la propriété acquise au tiers détenteur[1]. Le tiers détenteur n'est plus tenu de la revendication ; il est toujours tenu de l'action hypothécaire. Mais le préteur a appliqué à l'hypothèque la *praescriptio longi temporis* qui fonctionne pour elle aux mêmes conditions que pour la propriété et qui pourra, selon les circonstances, coïncider ou non avec celle de la propriété, mais qui exige comme elle juste titre et bonne foi[2]. Si le tiers n'a ni juste titre ni bonne foi, il ne peut pas plus acquérir la liberté de l'hypothèque que la propriété. Seulement, depuis Théodose II, l'action hypothécaire s'éteint, comme toutes les actions réelles, par la prescription de trente ans, au profit de celui qui y a été soumis pendant trente ans, mais de lui seul, sauf au droit d'hypothèque à faire naître une nouvelle action contre le nouveau tiers détenteur, si la chose passe entre les mains d'un autre tiers, et, depuis Justinien, celui qui n'a pas de juste titre, mais qui est de bonne foi, acquiert la liberté comme la propriété par la prescription acquisitive de trente ans[3].

CHAPITRE IV. — INTERCESSION. SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

L'intercession (*intercessio, interventio*) est un engagement pris pour la dette d'autrui. Elle ne peut évidemment émaner utilement que d'une personne ayant aptitude à prendre des engagements valables. Mais son originalité juridique tient à ce qu'il y a des personnes dont les engagements n'auront pas leur efficacité ordinaire, s'ils constituent des intercessions. C'est ainsi, avons-nous déjà vu (p. 683, n. 2), que l'esclave, qui oblige *jure praetorio* le maître par ses contrats dans la limite du pécule, ne le fait pas, quand ces contrats constituent des intercessions pour autrui. Mais la grande incapacité spéciale relative à l'intercession, celle qui en a surtout fait dégager la notion par la doctrine, est l'incapacité d'intercéder pour autrui dont les personnes du sexe féminin ont été frappées par le sénatus-consulte Velléien.

Le sénatus-consulte Velléien[4], que l'on pense d'ordinaire avoir été

1. Papinien, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 44, 5.
2. *D.*, 44, 3, *De div. temp. pr.*, 5, 1 ; 12. *C.*, 4, 10, *De O. et A.*, 7, 1 ; 14, etc. Cf. p. 307 et ss.
3. *C.*, 7, 39, *De praescr. XXX vel XXXX ann.*, 3 ; 8, *pr.* 1. Cf. pp. 308. 309.
4. *D.*, 16, 1 ; *C.*, 4, 29 : *Ad senatus consultum Velleianum*. Le texte du sénatus-consulte est donné par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, 1. L'*Étude sur la condition privée de la femme*, de M. Paul Gide, dont une 2e éd. a été donnée par M. Esmein en 1885, est un mémoire couronné par l'Institut à la suite d'un concours ouvert sur l'His-

rendu sous Claude en l'an 46 après J.-C. qui plus sûrement se place entre le règne de Claude et celui de Vespasien [1], est le développement d'une idée contenue dans des édits d'Auguste et de Claude qui défendaient aux femmes d'intercéder pour leurs maris et que la jurisprudence postérieure avait, paraît-il, déjà tenté de généraliser [2]. Il défendit aux femmes d'intercéder pour autrui, en partant peut-être, a-t-on soutenu, d'une idée de défiance contre elles, de la volonté de restreindre l'influence des femmes en leur fermant un acte juridique, d'ajouter un nouvel acte à la liste des *officia virilia*, mais sans doute aussi en s'inspirant d'une idée de protection qui est celle dans laquelle la doctrine l'a interprété [3].

I. Caractères de l'intercession prohibée. — Pour qu'il y ait intercession, il faut qu'une personne s'engage ou engage ses biens pour la dette d'autrui. Mais cela ne suffit pas pour que le sénatus-consulte s'applique. Il faut de plus, suivant la formule que nous croyons la plus exacte, que la femme se soit engagée avec une idée de recours et il faut enfin qu'on ne soit pas dans un des cas exceptionnels où l'application du sénatus-consulte est écartée par faveur pour le créancier ou par défaveur pour la femme.

toire du sénatus-consulte Velléien. Cf. aussi Gradenwitz, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, 1887, pp. 69-190.

1. Il a, d'après son texte, été proposé par les consuls M Junius Silanus et Vellaeus Tutor, et l'on pense à peu près unanimement qu'il est de l'an 46 où M. Junius Silanus a été consul toute l'année et où Vellaeus aurait été temporairement consul suffect à côté de lui. Cependant il faut aujourd'hui noter que les dates actuellement connues des consulats de l'an 46 laissent difficilement place à un consulat de Silanus et de Vellaeus. V. Liebenam, *Fasti consulares imperii Romani*, 1909, p. 82, v° *Vell(a)eus Tutor*, qui songe à un couple ignoré de consuls suffects des premières années de Néron. En tout cas, le sénatus-consulte ne peut être antérieur à l'avènement de Claude, à cause de l'édit de Claude (n. 2) ni postérieur aux premières années de Vespasien, parce que d'après *D.*, *h. t.*, 16, 1, il a été connu de Cassius (v. p. 783, n. 6).

2. Les édits d'Auguste et de Claude sont attestés par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2 *pr.*, les essais de la jurisprudence par le texte même du sénatus-consulte.

3. La doctrine selon laquelle le sénatus-consulte Velléien aurait été fait non pas pour défendre les femmes contre leurs engagements inconsidérés, mais pour les tenir à l'écart de la vie publique, pour diminuer la place qu'elles y tenaient, en ajoutant à la liste des *officia virilia* une catégorie d'actes qui, par les contestations qu'ils provoquaient, leur donnaient une occasion particulièrement fréquente de figurer dans des débats judiciaires, a été soutenue par M. Gide qui a fait ressortir en ce sens l'époque à laquelle le sénatus-consulte a été rendu, au moment où la désuétude de la *manus* soustrayait la femme à l'autorité du mari et où la suppression de la tutelle des agnats par la loi Claudia la soustrayait à celle de la famille, où, par conséquent, l'on pouvait craindre un accroissement considérable du rôle social des femmes. Elle s'appuie surtout sur le texte du sénatus-consulte, qui parle d' *officia virilia* (*cum eas virilibus officiis fungi... non sit aequum*). Mais, en admettant qu'il y ait là une part de vrai, ce n'est pas toute la vérité. L'idée de protection apparaît peut-être aussi dans le sénatus-consulte qui, dans sa phrase complète, dit contraire à l'équité *eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi* et c'est dans ce sens qu'il a été unanimement interprété par les jurisconsultes (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, 1 : *Feminis... subventum est.* 2 : *Opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem* ; Marcien, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 40, *pr.*).

1. Il faut, pour qu'il y ait intercession, engagement de la personne ou des biens. Le sénatus-consulte prohibe l'engagement pour le compte d'autrui. Il ne prohibe pas, par exemple, l'aliénation. La femme continue à pouvoir payer la dette d'autrui, même avec l'idée de lui faire une avance ; elle peut déléguer son débiteur au créancier d'autrui pour libérer ce dernier ; elle peut vendre ses biens pour payer la dette d'autrui. Car tout cela c'est aliéner, ce qui ne lui est pas défendu ; ce qui lui est défendu, c'est d'intercéder, et il n'y a pas d'intercession sans un engagement, qui peut d'ailleurs consister soit en un cautionnement par lequel elle se porte débitrice à côté du tiers ou en une constitution de sûreté réelle faite par elle pour la dette du tiers (*intercessio cumulativa*), soit en une novation par laquelle elle se porte débitrice à la place du tiers ou en un arrangement par lequel elle se porte seule débitrice dès le principe à raison d'un prêt fait au tiers (*intercessio privativa*) [1].

2. Il n'y a pas non plus d'intercession, quand la femme engage sa personne ou ses biens, mais le fait pour sa dette propre, même évidemment quand l'acte, fait en réalité dans son propre intérêt, est en apparence accompli dans celui d'un tiers [2].

3. L'intercession n'est prohibée, ne tombe sous le coup du sénatus-consulte que lorsque la femme a cru faire une simple avance, est intervenue avec une idée de recours ; car c'est surtout alors qu'elle est exposée à se faire des illusions sur les conséquences de l'acte, qu'elle court risque d'être victime de son inexpérience. Le sénatus-consulte ne s'applique donc pas quand la femme qui engage sa personne ou ses biens le fait sans intention de recours, dans un esprit de libéralité [3].

4. Enfin l'intercession faite avec une intention de recours échappe à l'application du sénatus-consulte dans certains cas où le créancier paraît plus digne d'intérêt que la femme. L'application du sénatus-consulte est exclue par le dol de la femme [4], ou même sans cela par l'erreur excusable du créancier [5] ; elle l'est en outre par la faveur du créancier, quand la femme s'est engagée envers un mineur et qu'il ne pourrait se faire payer par le tiers pour lequel elle est intervenue, et par la faveur de la créance, quand la femme s'est engagée *dotis nomine* [6]. En revanche elle

1. Le texte du sénatus-consulte cite seulement les *fidejussiones et mutui dationes pro aliis*. Une énumération plus compréhensive est donnée par Alexandre Sévère, *C.*, *h. t.*, 4.
2. Gaius, *D.*, *h. t.*, 13, *pr.* Callistrate, *D.*, *h. t.*, 21, *pr.*
3. Callistrate, *D.*, *h. t.*, 21, 1. On discute cependant si ce principe ne s'applique pas uniquement à l'intercession privative par opposition à l'intercession cumulative, cautionnements, constitutions d'hypothèques, où la femme peut, au moment de son intervention, même en renonçant à tout recours, se faire des illusions sur l'effet de son acte en croyant que le débiteur paiera.
4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, 3 : *Deceptis, non decipientibus opitulatur.*
5. Paul, *D.*, *h. t.*, 11, 12.
6. Mineur : *D.*, 4, 4, *De min.*, 12. Dot : *C.*, *h. t.*, 12. Justinien admit la même

ne l'est pas, à notre sens, par une renonciation expresse de la femme au bénéfice du sénatus-consulte [1].

II. Sanction de la prohibition. — La sanction du sénatus-consulte n'est pas une nullité absolue, comme celle qui frappe par exemple l'engagement pris par la femme en tutelle sans l'*auctoritas tutoris*. Pour un motif discuté, qui tient simplement, selon nous, à ce que le sénat n'avait pas encore alors le pouvoir incontesté de faire du droit civil (p. 57), le sénat a seulement invité les magistrats chargés de l'administration de la justice, les préteurs, à prendre des mesures pour faire respecter sa volonté relativement à ces engagements [2], et les préteurs ont recouru au moyen qu'ils avaient à leur disposition, à celui qui avait également servi à l'application des édits d'Auguste et de Claude et aux premiers essais de généralisation postérieurs : ils ont donné contre l'action née de l'engagement contraire au sénatus-consulte une exception, qui est d'ailleurs accordée assez largement, non seulement à la femme, mais à ses cautions, non seulement contre l'action même du contrat, mais, si la femme s'est laissée juger et condamner sans invoquer le sénatus-consulte, contre l'action en exécution du jugement [3].

A côté de cet effet direct, le sénatus-consulte a parfois un effet indirect. Quand la femme s'est engagée non pas à côté, mais à la place d'autrui, soit par novation, en libérant le débiteur, soit par intervention, en le dispensant de s'obliger, le préteur a considéré que ce tiers ne doit pas profiter du secours accordé à la femme, pour ne pas payer ce qu'il eût dû au créancier sans son intervention, ce qu'il eût même dû lui rembourser à elle, si elle avait exécuté l'engagement. En conséquence, au cas de pareille intercession, en même temps qu'il donne à la femme l'exception pour ne pas exécuter l'engagement, il ressuscite ou il crée contre le tiers,

chose en matière de liberté, en tranchant, dit-il, *C.*, *h. t.*, 24, une controverse antérieure.

1. On a prétendu parfois que le sénatus-consulte ne pourrait être opposé qu'autant que la femme n'aurait pas renoncé dès le principe ou après coup au droit de s'en prévaloir. Cette solution serait contraire au système d'après lequel le sénatus-consulte aurait constitué une disposition d'ordre public dirigée contre les femmes ; elle l'est également à celui d'après lequel c'est une disposition de protection : la femme ne peut pas plus renoncer à cette protection fondée sur son sexe que l'impubère à celle fondée sur son âge. Le seul texte embarrassant est, pour l'époque classique, un texte de Pomponius, *D.*, *h. t.*, 32, 4, disant que, si la femme qui a intercédé pour autrui est disposée à défendre au procès intenté contre elle, elle peut être obligée à promettre (*cavere*) qu'elle n'invoquera pas plus tard le sénatus-consulte. Mais ce texte; qu'on écarte de beaucoup de manières, qui, en tout cas, attesterait tout au plus une opinion isolée de Pomponius, ne peut prévaloir contre la physionomie générale donnée au système par l'ensemble des textes.

2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, 1 : *Arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur*.

3. Fidéjusseur : *D.*, 44, 1, *De exc.*, 7, 1. Action *judicati* : *D.*, 14, 6, *De S. C. Maced.*, 11.

comme action utile, l'action dont ce tiers eût été tenu, si l'intervention de la femme ne l'avait pas libéré ou ne l'avait pas dispensé de s'obliger [1].

III. Réformes de Justinien. — Dans le système que nous venons d'exposer, l'intercession par laquelle la femme s'engage pour le compte d'autrui avec l'intention de recourir contre lui n'est pas en principe valable, mais elle l'est par faveur spéciale dans quelques cas où le créancier paraît plus digne d'intérêt que la femme, sans que d'ailleurs on distingue, soit pour l'intercession valable, soit pour l'intercession nulle, l'intercession consentie par la femme pour son mari de celle consentie par elle pour un tiers.

Les réformes faites par Justinien tant dans le droit du Code que dans celui des Novelles [2] ont eu pour effet de séparer l'intercession de la femme pour le mari des autres intercessions. Il a décidé : 1° que l'intercession de la femme pour le mari serait toujours nulle de nullité absolue [3] ; 2° que toute intercession, même et surtout celle antérieurement valable par faveur, devrait désormais, à peine de nullité, être constatée dans un écrit public signé de trois témoins [4] ; 3° que l'intercession antérieurement

1. Au cas de novation, le préteur restitue l'action qu'à cause de cela Gaius, *D.*, *h. t.*, 13, 2, qualifie d'action *restitutoria*. Au cas où la femme s'est, dès le principe, engagée pour le tiers que cela a dispensé de le faire lui-même, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 14, dit qu'il *instituit magis quam restituit obligationem* et on la qualifie en conséquence du nom d'*actio institutoria*. Cf. sur ces actions, Lenel, *Edictum*, § 105.

2. *C.*, *h. t.*, 22 ; 23. Nov. 134, c. 8.

3. Nov. 134, c. 8, résumée dans l'authentique *Si qua mulier*. Cette nullité est encourue même quand l'intercession est contenue dans un acte public et qu'on se trouve dans un des cas exceptés (n. 3), même quand elle est renouvelée au bout de deux ans (p. 804, n. 1). L'intercession de la femme pour le mari ne serait valable, dit Justinien, que si l'affaire avait été faite dans son intérêt à elle ; mais alors il n'y a pas intercession.

4. *C.*, *h. t.*, 23, 2. Ce système, déjà soutenu par le glossateur Martinus, admet en résumé que l'intercession faite en dehors des formes sera nulle au lieu d'être seulement attaquable par voie d'exception, quand elle eût été auparavant attaquable, ce qui à l'époque de Justinien n'a pas une grande importance, et surtout sera nulle au lieu d'être valable, quand elle eût été valable auparavant, tandis que, si les formes ont été observées, l'intercession antérieurement valable par faveur le reste et celle antérieurement atteinte par le sénatus-consulte reste attaquable seulement par voie d'exception. Il y a deux autres systèmes : 1° un système moderne selon lequel en présence de l'observation des formes toute intercession serait valable et en son absence il n'y aurait de valable que l'intercession antérieurement exceptée (v. par ex. Gide, p. 192, n. 4) : il est directement condamné par la constitution 23 où Justinien ne dit pas que toute intercession sera valable, quand on aura observé les formes, mais que toute intercession sera nulle, quand on ne les aura pas observées ; 2° un système déjà soutenu par le glossateur Bulgarus, selon lequel la constitution ne s'occuperait pas des intercessions valables, mais seulement de celles atteintes par le sénatus-consulte pour les déclarer nulles *ipso jure* et non plus *exceptionis ope* : il est encore contraire au caractère général de la constitution qui parle de toutes les intercessions et qui d'ailleurs eût eu sans cela une portée très restreinte au temps de Justinien où la différence des deux voies de nullité est presque insignifiante (droit du juge de suppléer la nullité d'office).

prohibée le resterait, mais que cependant la femme pourrait se dépouiller de son exception, soit immédiatement, en déclarant dans un acte public de ce genre faire l'intercession contre un équivalent, soit après coup, en la confirmant au bout de deux ans, soit enfin, dans un seul cas, en déclarant directement renoncer au bénéfice du sénatus-consulte, pour acquérir la tutelle de ses descendants qui ne lui est point conférée sans cela[1] ; mais, en dehors de ce dernier cas, nous ne croyons pas que, même dans le droit des Novelles, la femme puisse se dépouiller de son exception par une renonciation directe expresse[2].

1. Ratification au bout de deux ans par la femme majeure de 25 ans : *C., h. t.*, 22. Affirmation qu'elle a reçu un équivalent : *C., h. t.*, 23, 1. Renonciation de la mère tutrice : *C.*, 5, 35, *Quando mulier*, 3, *pr.* Nov. 118, c. 5.

2. La pratique admit au contraire, dans la plus grande partie de l'ancienne France, a validité de clauses de renonciation, qui devinrent de style et par l'usage desquelles l'incapacité de la femme avait déjà été à peu près abolie en fait dans ces régions quand un édit d'Henri IV de l'an 1606 vint à la fois défendre aux notaires d'insérer cette clause dans les actes et déclarer les contrats des femmes aussi valables que s'ils l'avaient contenue. Mais, dans certaines régions où l'édit d'Henri IV ne fut pas admis, les dernières traces du sénatus-consulte n'ont disparu qu'en 1804. Cf. Gide, pp. 392-414. Sur l'évolution assez analogue du droit allemand, cf., par ex., Dernburg-Sokolowski, § 341, n° 3.

V. — SUCCESSIONS A CAUSE DE MORT

Il y a succession à cause de mort[1], quand la transmission du patrimoine ou d'un des biens qui le composent est occasionnée par le décès du maître de ce patrimoine. La succession à cause de mort a lieu, par excellence, à titre universel, au cas d'hérédité, quand une ou plusieurs personnes succèdent au patrimoine lui-même[2], en recueillant tous ses éléments actifs, à la fois ses éléments corporels et ses éléments incorporels transmissibles, en particulier les créances, mais en assumant le passif, en étant tenues des dettes. Elle se produit aussi à titre particulier, pour des biens isolés, qu'on recueille individuellement sans être tenu des dettes. Nous étudierons d'abord les hérédités, en examinant tant la manière dont l'hérédité peut être déférée que son acquisition et sa répudiation ; puis nous expliquerons comment des fractions du patrimoine peuvent être transmises à titre particulier par legs ou fidéicommis[3]. Mais il ne sera pas superflu de donner auparavant une rapide notion d'ensemble de l'histoire du système successoral romain.

1. Le système successoral romain le plus ancien qui nous soit connu, celui dont les grandes lignes sont tracées par les XII Tables ou en furent déduites par voie d'interprétation, présente déjà un trait caractéristique par lequel se marque la modernité relative du droit romain : c'est la prépondérance reconnue à la succession testamentaire, à la succession déférée par la volonté du défunt. A la différence de sociétés nombreuses où l'hérédité n'est déférée que par la loi, qui ne connaissent que la succession ab intestat[4], à la différence d'autres sociétés où le testa-

1. L'ouvrage d'ensemble le plus récent sur les successions publié en Allemagne, celui de M. Koeppen, *Lehrbruch des heutigen römischen Erbrechts*, 1887-1895, est surtout relatif au droit romain pratique. Celui publié en Italie par M. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 2 vol., 1900-1902, est d'un caractère plus nettement théorique. Les tomes 2 de Vangerow et 3 de Windscheid et de Dernburg (aujourd'hui Dernburg-Sokolowski, 2e partie) sont, les deux premiers en entier et le dernier presque en entier, consacrés à notre matière. On trouvera, avec de brèves notices, un bon choix de textes et une bibliographie étendue dans l'ouvrage de Rivier, *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, 1878.

2. Julien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 62 : *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuit.*

3. L'acquisition à titre particulier peut aussi résulter d'une donation à cause de mort ; mais nous étudierons les donations à cause de mort avec les autres donations.

4. Le testament est, chez les Indo-Européens, inconnu par ex. de l'ancien droit hindou (Dareste, *Etudes d'hist. du droit*, p. 74 ; cf. Kohler, *Zeitschr. für vergl.*

ment est connu, mais où la succession ab intestat occupe le premier plan[1], la société romaine connaît le testament dès avant les XII Tables[2], et dès les XII Tables elle donne le pas à la succession testamentaire sur la succession ab intestat qui ne peut concourir avec elle, qui s'ouvre seulement à défaut de succession testamentaire[3].

L'héritier appelé à cette succession, qu'il le soit par le testament ou par la loi, ne l'acquiert de plein droit, sans manifestation de volonté, que s'il était avec le défunt dans un lien de parenté qui le fait regarder comme déjà investi des biens (*heres suus*, *heres suus et necessarius*) ou dans un lien de dépendance qui exclut la possibilité d'un refus (*heres necessarius*). Dans les autres cas, c'est un héritier externe (*heres extraneus*) qui n'acquiert l'hérédité qu'en allant la recueillir (*adire hereditatem*), en sorte que jusque-là l'hérédité qui n'a pas encore été ramassée (*hereditas jacens*) peut être impunément appréhendée par le premier venu, qui, si on ne la lui reprend pas à temps, en deviendra maître par la possession prolongée (*usucapio pro herede*). Mais, qu'il ait ou non besoin de faire adition, l'héritier des XII Tables est déjà un véritable

R. W., 7, 1887, p. 224), de l'ancien droit grec, où il est absent de la loi de Gortyne (Dareste, Haussoullier, Reinach, *Inscr. juridiques grecques*, 1, p. 462), de l'ancien droit germanique (Tacite, *Germ.*, 20 ; cf. sur la persistance de ce régime en Suède, en Norvège, et surtout en Islande, Dareste, *Etudes*, pp. 291. 331, 349) et chez les Ossètes (Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, 1893, p. 200). Il n'existe pas davantage chez les Egyptiens (E. Revillout, *La propriété en droit égyptien*, 1897, pp. 152. 201), ni chez les anciens Hébreux (Dareste, *Etudes*, p. 47), ni chez les Babyloniens à l'époque d'Hammourabi, ni en général chez les peuples où la notion de la communauté familiale est encore bien vivante.

1. C'est, avec de grandes diversités, seulement à titre secondaire et supplétoire que le testament apparaît, le jour où il est reconnu, dans la plupart des législations qui viennent d'être citées, ainsi le jour où il l'est sous l'influence du droit romain et de l'Eglise chez les peuples germaniques. C'est aussi de cette façon que le Code civil l'admet à l'exemple de notre ancien droit coutumier.

2. C'est la conception de la légende romaine elle-même qui représente la nourrice de Romulus, Acca Larentia, comme instituant héritier Romulus, dans une version et le peuple, dans une autre (Aulu-Gelle, 7, 7, 1). Mais il y a une preuve plus décisive : c'est que le testament romain a déjà, verrons-nous (p. 817), un passé derrière lui lors de la confection des XII Tables.

3. La prépondérance de la succession testamentaire est impliquée par la formule des XII Tables, 5, 4, qui appelle les héritiers ab intestat seulement à défaut d'héritiers testamentaires (*si intestato moritur*). En conséquence et contrairement à notre système moderne : 1° c'est seulement au moment où il sera certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire, où par ex. l'héritier appelé par le testament mourra (*D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 39), que la succession ab intestat s'ouvrira, c'est à ce moment que l'on devra chercher quel est le parent le plus proche appelé par la loi. 2° Il y a incompatibilité absolue entre l'hérédité ab intestat et l'hérédité testamentaire, on ne peut disposer d'une partie de ses biens par testament en laissant à la loi le soin de régler le sort du reste. C'est la règle célèbre *Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest* (*Inst.*, 2, 14, *De her inst.*, 5), que certains auteurs prétendent avoir été inventée seulement par la doctrine à une époque assez récente, que d'autres rattachent plus vraisemblablement aux modes de tester antérieurs aux XII Tables, mais qui, à notre sens, est tout au moins commandée par le texte précité des XII Tables.

continuateur de la personne, prenant la place du défunt à la tête de son patrimoine tout entier, succédant aux choses incorporelles transmissibles comme aux choses corporelles, au passif comme à l'actif [1]. Il n'y a pas, sous ce rapport, de différence entre les héritiers volontaires et les héritiers forcés, entre les héritiers testamentaires et les héritiers ab intestat. Au contraire une différence qui sépare dès les XII Tables l'héritier testamentaire de l'héritier ab intestat est qu'il peut, tout en continuant la personne du défunt, ne pas recueillir en fait tous les biens laissés par lui ; car le testament peut et peut seul contenir, à la suite de l'institution d'héritier, non seulement des nominations de tuteurs, mais des affranchissements testamentaires, mais surtout des legs, toutes dispositions qui remontent sûrement, croyons-nous, au temps des XII Tables [2], et qui sont même, à notre sens, la grande raison de la prépondérance acquise dès alors par la succession testamentaire ; car elles n'étaient compatibles qu'avec elle.

2. Le système successoral complet ainsi constitué par l'ancien droit civil a été, comme le système des modes d'acquérir à titre particulier de l'ancien droit civil, comme sa théorie des servitudes, comme sa théorie des obligations, modifié par l'intervention du préteur [3]. Le préteur a par exemple trouvé, en matière de succession testamentaire, les formes que le temps avait progressivement données au testament trop compliquées, il n'a tenu compte que de celles qui lui paraissaient avoir une utilité pratique,et il a en conséquence regardé comme valablement appelé l'héritier institué dans un testament satisfaisant aux conditions de forme exigées par lui, quoique ce testament fût nul civilement à raison de l'omission d'autres formes exigées par la loi. En matière de succession ab intestat, il a trouvé trop étroit le système des XII Tables exclusivement assis sur la parenté civile et il a appelé, à côté des héritiers civils ou à leur défaut, certains parents simplement naturels que la loi n'appelait pas. Et il a ainsi fini par faire des héritiers prétoriens comme il avait

1. Il est certainement possible que cette idée n'ait pas été dès le début construite théoriquement ; il est possible aussi qu'aux temps les plus reculés on n'ait guère vu dans l'hérédité que les objets matériels qui la composent. Mais, dès les XII Tables, l'héritier succède non seulement aux biens, mais aux créances, d'après un texte exprès et est aussi tenu des dettes, d'après un autre témoignage exprès (XII Tables, 5, 9) ; il réunit par conséquent en lui dès alors les deux caractères du successeur universel dégagés par la doctrine moderne. Et cela est vrai aussi bien pour les héritiers testamentaires que pour les héritiers du sang ; car cela ne peut s'expliquer pour eux que par le caractère législatif du plus ancien testament (p. 803).

2. En effet elles ne s'expliquent encore que par le caractère législatif du testament antérieur aux XII Tables (p. 816).

3. Les ouvrages les plus étendus sur les successions prétoriennes, sur les *bonorum possessiones*, sont ceux de B. W. Leist, *Die Bonorum possessio*, 2 vol. 1844. 1848, et Pandectes de Glück, série des livres 37-38, vol. 1-3, 1870-1875. Nous ne relevons ici que les points principaux, en renvoyant, pour presque toutes les justifications, à la suite de nos développements.

fait des propriétaires prétoriens, des créanciers prétoriens. Mais le développement a été ici singulièrement plus long et plus compliqué.

Le point de départ a probablement été dans la même idée en vertu de laquelle le préteur a créé la théorie des interdits possessoires. Le préteur s'est avisé de l'avantage considérable qu'avait, en matière de pétition d'hérédité comme en matière de revendication, celui qui avait la possession provisoire de l'objet du procès et qui se trouvait, dès l'époque des Actions de la loi, le garder dès lors qu'un autre ne prouvait pas son droit, quand les deux *sacramenta* étaient déclarés *injusta* (p. 345). Et, de même qu'en matière de revendication, il avait assuré cet avantage au possesseur au moyen des interdits possessoires, en matière de pétition d'hérédité il décida de l'accorder à celui qui lui paraîtrait à première vue avoir le meilleur titre pour recueillir les biens du défunt, de lui accorder la possession de ces biens (*bonorum possessio*) par un décret (*B. P. decretalis*) en exécution duquel il lui donnait ensuite, au besoin, un interdit pour obtenir matériellement cette possession, l'interdit *quorum bonorum*.

Cet interdit destiné à faire obtenir la possession des choses héréditaires n'était, comme les interdits possessoires, destinés à faire conserver la possession des choses revendiquées, qu'un moyen provisoire n'excluant pas plus ici le droit du véritable héritier que là celui du vrai propriétaire. Mais cependant la *bonorum possessio* protégée par l'interdit *quorum bonorum* était fort utile à celui auquel le préteur l'accordait ainsi, soit quand il était déjà appelé par le droit civil et qu'elle lui donnait, pour obtenir les choses héréditaires, un moyen plus simple que la pétition d'hérédité, soit plus encore quand il n'était pas appelé par le droit civil et que, grâce à ce moyen, il pouvait obtenir une possession qu'il était sûr de garder quand il n'y avait pas d'héritiers civils et que, même en présence d'héritiers civils, il pouvait garder, si ceux-ci ne lui réclamaient pas les choses avant l'expiration du délai de l'usucapion *pro herede*. Aussi le préteur, qui avait sans doute créé d'abord la *B. P.* dans l'intérêt des héritiers civils (*B. P. juris civilis confirmandi gratia*), arriva-t-il à la donner à ceux qui lui en semblaient dignes et que la loi civile n'appelait pas, soit à défaut d'héritiers civils (*B. P. juris civilis supplendi gratia*), soit même à l'encontre des héritiers civils (*B. P. juris civilis impugnandi gratia*) [1]. Et quand, après la loi Aebutia, il eut commencé à rendre des édits, il indiqua d'avance dans son édit à quelles personnes il accorderait la *bonorum possessio* (*B. P. edictalis*) en même temps qu'il usa de son droit nouveau de créer des actions pour investir activement et pas-

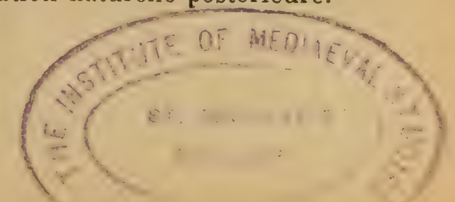
1. *Inst.*, 3, 9, *De bonorum possessionibus, pr.* ; 1. Cf. Papinien, *D.*, 1, 1, *De j. et j.*, 7, 1 (p. 41, n. 3). Exemples de *B. P. supplendi juris civilis gratia* : celle donnée aux cognats à défaut d'héritiers civils ; de *B. P. impugnandi juris civilis gratia* : celle donnée à l'émancipé à l'exclusion des agnats, en concours avec les enfants restés en puissance, celle donnée à l'héritier institué dans un testament valable seulement *jure praetorio* à l'encontre des héritiers ab intestat.

sivement des droits et actions du défunt les *bonorum possessores* qui n'étaient pas héritiers [1].

A ce moment, la *bonorum possessio* devient une véritable hérédité prétorienne se modelant en grande partie sur l'hérédité civile. Le *bonorum possessor* est, comme l'héritier civil, un continuateur de la personne, il succède à tout l'actif et il est tenu de tout le passif ; la *bonorum possessio* peut, comme l'hérédité civile, être déférée ab intestat ou en vertu d'un testament, avec la même priorité de la succession testamentaire, la même incompatibilité des deux et la même impossibilité de mettre des legs ou d'autres dispositions à la charge de l'héritier ab intestat qu'en matière d'hérédité civile ; enfin, comme dans l'hérédité volontaire, la succession n'y est acquise à l'appelé qu'à condition d'être demandée (*bonorum possessionis petitio*), mais, par une innovation féconde du préteur, l'offre faite au premier appelé est retirée au bout d'un certain délai, s'il n'en a pas profité, pour être adressée à un autre successible appelé à son défaut (*edictum successorium*).

Seulement si la *bonorum possessio* est ainsi devenue, d'un simple droit à la possession des choses héréditaires, sanctionné par l'interdit *quorum bonorum*, une succession prétorienne, protégée non seulement par cet interdit, mais par des actions personnelles et réelles, cela ne veut aucunement dire qu'elle produise un effet définitif, irrévocable. Le *bonorum possessor* acquiert un droit incommutable (*B. P. cum re*), quand il est l'héritier civil ou quand il est appelé à défaut d'héritier civil ; car

1. Il existe sur l'origine de la *B. P.* de très nombreux systèmes. V. les relevés dans Danz, *Gesch. d. röm. Rechts*, 2, 1873, pp. 143-148, et Baron, *Institutionen*, § 146, III. Ajoutez Ad. Schmidt, *Z. S. St.*, 17, 1896, pp. 324-328. Le système indiqué au texte est, avec beaucoup de nuances de détail, celui suivi par Vangerow, 2, § 398 ; Dernburg-Sokolowski, § 453, Schmidt, *loc. cit.*, et la plupart des interprètes français. Suivant une autre doctrine, représentée notamment par Leist, qui n'est pas en discordance directe avec les faits historiques avérés, mais qui nous paraît moins vraisemblable, le point de départ de l'intervention du préteur aurait été l'*edictum successorium* introduit pour forcer les héritiers appelés à accepter dans un certain délai à peine de voir la succession appréhendée par ceux qui eussent été appelés en leur absence (*D.*, 38, 9, *De succ. ed.*, 1, *pr.*). D'après une opinion, qui est en désaccord avec ce que nous verrons être attesté par Cicéron des commencements de la *B. P.* testamentaire et de la *B. P.* ab intestat (Savigny, *Vermischte Schriften*, 2, 1850, pp. 230-236), elle aurait été créée dans l'intention directe d'assimiler aux héritiers civils d'autres personnes appelées par le préteur de préférence à eux ou à leur défaut. Enfin, suivant un dernier système également en désaccord avec les faits concrets, elle aurait eu pour but originaire de déterminer quelles personnes pourraient prendre possession des biens afin d'arriver à leur propriété par l'usucapion *pro herede* (Huschke, *Z. G. R.*, 14, 1848, pp. 157 et ss., 204 et ss.). Dans les deux derniers systèmes, la *B. P.* aurait donc été introduite *supplendi vel impugnandi j. c. gratia* et ne serait devenue confirmatoire que par la suite. Dans le second, elle aurait été introduite, si l'on veut *confirmandi juris civilis gratia*, mais dès le principe avec la possibilité prévue d'être donnée à un autre que l'héritier appelé si celui-ci ne la demandait pas. Dans le nôtre, elle a été introduite *juris civilis confirmandi gratia* et n'a été donnée *j. c. supplendi vel impugnandi gratia* que par une évolution naturelle postérieure.


INSTITUTE OF MEDIAEVAL

il n'y a alors personne qui puisse l'évincer. Au contraire il y a quelqu'un qui peut l'évincer, il n'a qu'un droit provisoire, éventuel, subordonné à l'inaction de l'héritier (*B. P. sine re*)[1], quand le préteur l'appelle en conflit avec un héritier civil. On ne lui a donné une exception pour repousser la pétition d'hérédité de l'héritier civil que par un mouvement assez tardif qui s'est accompli successivement pour les diverses *bonorum possessiones*, qui commence à peine au début de l'Empire et qui n'a été achevé par des constitutions impériales que longtemps après la fin de l'activité législative du préteur marquée par la codification de l'édit de Julien.

3. Le droit impérial antérieur à Justinien, qui augmenta l'efficacité de la *bonorum possessio* en donnant ainsi de plus en plus habituellement la préférence, en cas de conflit, au *bonorum possessor* sur l'héritier civil, n'a pas supprimé la dualité législative produite par la juxtaposition de la succession prétorienne à la succession civile. Mais il a opéré des réformes nouvelles tant en matière de successions testamentaires qu'en matière de successions ab intestat.

En matière de successions testamentaires, de successions déférées par la volonté de l'homme, l'Empire a entamé, dès son début, dès le temps d'Auguste, deux réformes considérables, l'une de forme, relative aux codicilles, l'autre surtout de fond, relative au fidéicommis. En vertu de la première, les dispositions de dernière volonté, qui ne pouvaient auparavant être contenues que dans des testaments, pourront désormais l'être dans des actes plus simples, les codicilles (*codicilli*), diminutifs du testament (*codex testamenti*), qui peuvent être soit les satellites d'un testament antérieur ou postérieur (codicilles testamentaires), soit des actes indépendants (codicilles ab intestat). Les fidéicommis, qui à l'origine étaient de simples prières laissées à la bonne foi de celui à qui elles s'adressaient et dont l'intervention d'Auguste assura l'exécution, peuvent, à la différence des institutions d'héritiers, possibles seulement dans un testament au profit de certaines personnes, et à la différence des legs, possibles seulement dans un testament à la charge de l'héritier au profit de certaines personnes, être exprimés dans une forme quelconque, au profit de n'importe qui et à la charge de quiconque recueille une portion des biens du disposant. A la vérité, une fois rendus obligatoires, ils ne tardèrent pas à être soumis, quant à la capacité du gratifié, à des règles voisines de celles des legs et des institutions d'héritiers ; mais ils gardèrent, outre l'avantage d'être libres de toute forme, celui de pouvoir être mis à la charge non seulement de l'héritier testamentaire, mais des héritiers ab intestat, mais des légataires, mais de toute personne recevant quelque chose du défunt.

1. Ulpien, *Reg.*, 28, 13 : *Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re : cum re, cum is qui accepit cum effectu bona retineat ; sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit.*

En matière de successions ab intestat, le droit impérial retoucha aussi très fortement non seulement le système établi par le droit civil, mais celui de l'édit du préteur, en établissant à un rang toujours plus avantageux un droit de succession réciproque entre l'enfant et sa famille maternelle, en effaçant de plus en plus la supériorité de la parenté civile, et en particulier de la parenté en ligne masculine, sur la parenté naturelle, et spécialement sur la parenté en ligne féminine.

4. Cependant en dépit de toutes ses réformes de détail, la législation impériale n'avait supprimé, ni la distinction théorique de l'agnation et de la cognation, en matière de succession ab intestat, ni la distinction du testament civil et du testament prétorien, en matière de succession testamentaire. Elle avait plutôt compliqué le système en mettant les fidéicommis à côté des legs et les codicilles à côté des testaments. Justinien a procédé au nivellement. Il a maintenu en l'atténuant un peu la distinction des testaments et des codicilles. Mais il a confondu les legs et les fidéicommis, il a presque entièrement fusionné l'hérédité et la *bonorum possessio*. Enfin et surtout il a, en matière de succession ab intestat, ouvertement proclamé une transformation à peu près opérée déjà dans le détail en abrogeant légalement l'ordre de succession des XII Tables et en le remplaçant par un ordre basé sur la parenté naturelle auquel il a donné sa forme définitive dans le droit des Novelles.

TITRE I

DÉLATION DE LA SUCCESSION

L'hérédité civile peut être déférée à Rome, soit en vertu d'un testament (*hereditas testamentaria*, *heres ex testamento*, *secundum tabulas testamenti*), soit en vertu de la loi (*hereditas legitima, heres legitimus*). Et il en est de même de la *bonorum possessio* prétorienne (*B. P. secundum tabulas*, *B. P. ab intestato*). Mais, tant en droit civil qu'en droit prétorien, il y a des cas où la succession, au lieu d'être déférée en vertu d'un testament ou en l'absence de testament, l'est à l'encontre d'un testament. Nous distinguerons donc trois catégories de successions : la succession testamentaire, la succession ab intestat et la succession déférée à l'encontre d'un testament.

CHAPITRE I. — SUCCESSION TESTAMENTAIRE

Le testament est défini par des formules qui remontent probablement dans leurs termes essentiels aux jurisconsultes de la République et qui précisément pour cela ne font pas assez ressortir le trait saillant qui le sépare des codicilles introduits au début de l'Empire, un acte légal de dernière volonté fait en termes solennels afin de produire effet après la mort[1]. En réalité, c'est un acte de dernière volonté contenant l'institution d'un héritier. Pour qu'il en résulte une succession testamentaire, il faut qu'il ait été fait dans les formes légales, par une personne capable, au profit d'un héritier capable et qu'il n'ait pas été par la suite frappé de nullité. Nous étudierons donc : 1° les formes du testament ; 2° la capacité du testateur ; 3° l'institution d'héritier ; 4° les nullités dont un testament valablement fait peut être atteint après coup ; puis enfin, 5° l'ouverture du testament.

1. Ulpien, 20, 1 : *Testamentum est mentis nostrae justa contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*. Modestin, *D.*, 28, 1, *Qui test, facere possunt*, 1 : *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*. L'étymologie de Justinien, *Inst.*, 2, 10, *De test. ord.*, *pr.* n'est qu'un jeu de mots qui d'ailleurs remonte à Ser. Sulpicius (Aulu-Gelle, 7, 12, 2).

SECTION I. — **Formes du testament.**

On distingue les formes de droit commun du testament ordinaire et les formes anormales, tantôt plus rigoureuses, tantôt plus faciles, établies pour certains testaments, notamment pour le testament du militaire dont le trait caractéristique est, sous le droit impérial, d'être, en matière de forme comme en toute autre, soustrait à toutes les exigences légales.

§ 1. — Les formes ordinaires du testament : leur histoire.

Les formes ordinaires, normales des testaments n'ont pas toujours été les mêmes. Il faut, dans leur histoire, distinguer le testament du très ancien droit, le testament *per aes et libram*, le testament prétorien et enfin le testament fait, en des formes plus ou moins radicalement nouvelles, dans la période récente de l'Empire[1].

I. **Testament du très ancien droit.** — Gaius[2] rapporte qu'à l'origine il n'y avait que deux façons de tester : le testament *calatis comitiis*, fait en temps de paix, à deux jours fixes de l'année, devant l'assemblée des curies, et le testament *in procinctu*, fait à la guerre, avant le commencement du combat, devant le front de l'armée. Ils étaient, d'après ce témoignage, faits l'un et l'autre devant le peuple. Mais ils l'étaient dans des circonstances différentes, devant des groupements différents, probablement aussi à des conditions distinctes.

1. Le plus important de beaucoup est le testament *calatis comitiis*[3], dont l'histoire est celle même des origines du testament romain et sur lequel il y a justement pour cette raison beaucoup de controverses. Le testateur y déclarait sa volonté devant des comices par curies, qui étaient des *comitia calata*, c'est-à-dire des comices soumis à l'autorité religieuse, probablement présidés par le grand pontife ou peut-être nominalement, pour le compte des pontifes, par le *rex sacrorum*[4], et qui se tenaient

1. *Inst.*, 2, 10, *De testamentis ordinandis*. Cf. Hoelder, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts*, 1881, pp. 20-71 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 847-859 ; Cuq, *N. R. H.*, 1885, pp. 533-586 ; *Institutions*, 1, pp. 124-128. 257-261. 2, pp. 847-849 ; Ed. Lambert, *La tradition romaine sur les formes du testament*, 1901 ; Ch. Appleton, *Le testament romain*, 1903 ; Wlassak, *Z. S. St.*, 31, 1910, p. 210-218 ; O. Lenel, *Essays in legal history ed. by P. Vinogradoff*, Oxford, 1913, pp. 120-142 ; P. Bonfante, *B. Ist. D. R.*, 27, 1914, pp. 97-128.

2. Gaius, 2, 101 : *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt : nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant : procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

3. Gaius, 2, 101 (n. 2) ; Ulpien, 20, 2 ; *Inst.*, 2, 10, *De test.*, 1 ; Labéon chez Aulu-Gelle, 15, 27 : *Calata comitia esse quae pro conlegio pontificum habentur... Isdem comitiis quae calata appellari diximus et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus : unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret...*

4. V. dans le premier sens Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 42, n. 1.

pour cela à deux jours fixes de l'année, probablement le 24 mars et le 24 mai, seuls jours de l'année où le calendrier signale la réunion des comices non seulement comme possible, mais comme forcée [1].

Quant au contenu de ce testament, il ne nous paraît pas douteux que le testament romain a déjà alors pour effet essentiel non pas de régler à titre particulier le sort de quelques biens isolés [2], ni à l'inverse, comme

1. V. en ce sens Mommsen, *Römische Chronologie*, 2e éd., 1859, p. 241 et ss. *Dr. publ.*, 6, 1, p. 163, n. 3. Les 24 mars et 24 mai sont les seuls jours dans l'année que l'ancien calendrier désigne comme nécessairement comitiaux par la mention Q. R. C. F. = *Quando rex comitiavit fas* (v. les textes *C. I. L.*, I², p. 289), et leur caractère de jours par excellence des comices curiates se manifeste encore dans la manière dont ils sont précédés le 23 mars et le 23 mai par la cérémonie du nettoyage des trompettes employées pour la convocation des curies et dans celles dont le calcul du *trinum nundinum* donne le 1er mars et le 1er mai pour jours où ils étaient annoncés. Il est naturel d'y voir deux jours fixes où les testaments pouvaient être faits devant les curies. On a objecté (par ex. Karlowa) que les deux jours sont trop rapprochés, qu'une division rationnelle eût été plus commode. Mais il est possible que les deux jours de comices utilisés pour les testaments n'aient pas été fixés d'abord en considération des testaments et Gaius, 2, 102, (p. 806, n. 2) se comprend d'autant mieux que l'inconvénient résultant de l'intervalle des comices testamentaires était plus grand.

2. L'idée selon laquelle le testament comitial n'aurait pas contenu d'institution d'héritier avait déjà été émise par ex. par M. Ehrlich, *Z. f. v. R. W.*, 17, 1903, pp. 99-109. Elle a été soutenue en dernier lieu dans l'étude de M. Lenel, *Essays in legal history ed. by P. Vinogradoff*, Oxford, 1913, pp. 120-142, à laquelle a répondu M. Bonfante, *B. Ist. D. R.*, 27, 1914, pp. 97-128. Suivant M. Lenel, le droit des XII Tables ne connaissait d'autres héritiers que les héritiers ab intestat : les *heredes sui*, qui en leur qualité de membres de la *domus* étaient propriétaires de plein droit et tenus des dettes *in infinitum* et les autres héritiers qui ont fini par leur être assimilés pour l'obligation aux dettes, mais qui ne pouvaient acquérir que par un acte d'appréhension (XII Tables, 5, 4 : *agnatus proximus familiam habeto*). Les personnes gratifiées dans le testament, ne pouvant être habilitées à cet acte d'appréhension par la simple formule *heres esto*, l'auraient été par des legs *per vindicationem*, qui avec les nominations de tuteur, auraient été les seules dispositions testamentaires permises par la règle des XII Tables, 5, 3 : *uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto*, et en face desquels, les héritiers ab intestat étant exclus par la règle *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest*, les autres choses héréditaires auraient fait l'objet de l'*usucapio pro herede* que M. Lenel affirme à l'encontre de Gaius, 2, 54, s'appliquer non pas à l'hérédité, mais aux choses héréditaires et par conséquent ne pas faire naître une obligation aux dettes *in infinitum*, mais dans les limites de la chose, qui aurait également pesé sur les légataires. Quant à l'*heredis institutio*, elle se serait introduite, à une époque que M. Lenel croit postérieure à Plaute, avec le testament par mancipation, dans la seconde phase duquel la *nuncupatio* adressée au *familiae emptor* aurait pour la première fois contenu l'institution d'un *heres scriptus*, qui aurait été assimilé aux *heredes sui* et aux autres héritiers ab intestat pour l'obligation aux dettes *in infinitum*, pour lequel on aurait inventé la *cretio cum exheredatione*, afin de l'empêcher d'être, comme l'*heres suus*, héritier à son insu et malgré lui, et à partir duquel l'*institutio heredis* aurait été regardée comme le *caput ac fundamentum testamenti*. Le développement du testament romain est tiré par cette hypothèse, dit M. Lenel, de l'isolement dans lequel il se trouvait par rapport à l'ancien droit grec et à l'ancien droit germanique. Mais, si l'on met par là l'ancien droit romain avec d'autres législations anciennes dans une harmonie qui n'est aucunement une nécessité historique (V. Bonfante, pp. 122-123), c'est avec le droit romain postérieur qu'on le met dans une discordance impossible. Le système

on l'a parfois supposé en partant d'analogies menteuses tirées du droit grec, de réaliser une adoption [1], mais de désigner un véritable héritier testamentaire, continuateur de la personne du défunt comme l'héritier ab intestat, sans se confondre avec l'héritier ab intestat comme l'adrogé.

La question la plus discutée est de savoir quel était, dans les comices testamentaires, le rôle du peuple. Il semblerait naturel que ce fût un rôle législatif : que, le testament étant une dérogation à la loi générale des successions comme l'adrogation est une dérogation à la loi générale de la famille, il fut comme elle subordonné à un vote des comices rendu sur la proposition des pontifes, ce qui assurerait à la fois, ici comme là, le contrôle du pouvoir politique et du pouvoir religieux. Et c'est en effet la doctrine que nous croyons vraie [2]. On a cependant soutenu que

de M. Lenel me semble rendre inexplicable la façon dont les Romains seraient arrivés aux institutions des temps historiques. C'est, croyons-nous, l'objection d'ensemble décisive. On ne voit pas pourquoi les mots *heres esto* auraient pu recevoir de la doctrine après Plaute une efficacité qu'ils n'auraient pas tenue de la loi au temps des XII Tables et il y aurait aussi à dire sur l'interprétation des termes des XII Tables *familiam habeto* et *uti legassit*. Les suppositions selon lesquelles la *cretio* aurait été inconnue de l'ancien droit et les légataires auraient été autrefois tenus des dettes sont tout au moins peu vraisemblables ; celle sur l'usucapion *pro herede* est en désaccord avec Gaius ; l'existence de l'*heres scriptus* avant le testament par mancipation est aussi admise par Gaius, 2, 102-103, selon lequel ce testament où l'*emptor familiae* était *heredis loco* fut inventé pour le cas où le testateur était empêché par la maladie d'attendre les comices où il aurait pu faire un testament, évidemment, dans la pensée de Gaius, un testament instituant un héritier ; enfin, a remarqué M. Bonfante, la supposition que les gratifiés par testament auraient été tenus aux dettes d'abord *intra vires hereditatis* et ensuite *ultra vires* est une véritable impossibilité pratique et le régime suivant lequel on n'aurait pu instituer héritier son fils quand on écartait la succession testamentaire en faisant un legs, en est, à mon avis, une autre. Mais plus largement l'existence de l'institution d'héritier, l'obligation de cet héritier aux dettes à l'infini, la considération de cette institution comme le *caput ac fundamentum testamenti* et, faut-il ajouter avec M. Bonfante, le phénomène selon lequel le testament est, avec l'adrogation, le seul acte qui s'accomplisse devant des comices présidés par le grand pontife ou le *rex sacrorum* mis à la place du roi, s'expliquent et s'expliquent uniquement par l'idée que le testament est une loi ayant pour objet non pas de distribuer des biens isolés, mais de donner un chef à un patrimoine avec ses charges civiles et religieuses.

1. Le testament fait, de la personne qu'il désigne, un héritier ; mais ce n'est pas comme en droit grec en en faisant un parent. Le droit grec ne connaît pas le testament, il connaît seulement l'adoption. A Rome le testament comitial et l'adrogation se font dans les mêmes comices ; mais ce n'en sont pas moins des actes distincts. La doctrine qui ne veut voir dans le testament qu'une adrogation (Schulin, *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, 1882) est condamnée par ses conséquences. Non seulement elle conduirait à dire qu'on ne peut instituer ses enfants en puissance ; mais alors l'héritier institué deviendrait l'agnat des agnats du testateur, tandis qu'il n'entre pas plus dans sa famille civile que l'exhérédé n'en sort. V. aussi contre la doctrine de M. Lambert, pp. 25-43. 51-52, rapprochant le testament comitial des XII Tables du *thinx* lombard et de l'affatomie franque les objections décisives de M. Appleton, pp. 53-103. 109, 3.

2. En ce sens, Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, p. 393 et ss., de Ihering, *Espr. du Dr. R.*, 1, p. 147 et ss. ; 3, p. 145 et ss., A. Pernice, *Festgabe für Gneist*, 1888, p. 129,

le peuple n'aurait jamais joué en matière de testament qu'un simple rôle de témoin donnant uniquement authenticité à un acte qu'il n'aurait pas plus à approuver qu'il n'aurait qualité pour le rejeter. Mais les arguments invoqués en ce sens sont faciles à écarter [1] et la meilleure preuve que le testament primitif se faisait par une loi est dans les effets du testament postérieur qui dépassent ceux d'un acte privé, qui ne peuvent donc être venus que d'un acte du législateur lui-même. Non seulement le testament fait un héritier d'une personne que la loi n'appelle pas à la succession, mais il confère la tutelle des enfants du défunt à des gens que la loi n'y appelle pas ; dans les legs, il rend des tiers créanciers, propriétaires, sans aucun des actes de leur volonté que le droit privé exigerait pour cela ; mais, dans l'affranchissement testamentaire, il transforme un esclave en homme libre, directement, comme le peut la toute-puissance du législateur, tandis que les autres procédés d'affranchissement sont des procédés détournés, faisant semblant de reconnaître une liberté préexistante pour ne pas avoir l'air de créer une liberté nouvelle. Ces effets, une fois attachés au testament, ont pu lui rester, même lorsqu'il a cessé d'être une loi, mais ils n'ont pu lui appartenir que parce qu'il a commencé par en être une et ils attestent donc à la fois qu'il s'est fait d'abord par une loi et qu'eux-mêmes datent de cette époque.

Maintenant cela ne veut pas dire que le testament comitial, qui a d'abord été un acte législatif, le soit toujours resté. La preuve qu'il ne l'est pas toujours resté est dans le témoignage de Gaius selon lequel le testament *per aes et libram* a été introduit non pas pour éviter le contrôle du peuple, pour atteindre la liberté de tester, mais pour permettre de tester en dehors de l'époque des comices. Si, au temps de son invention, le testament comitial avait encore dépendu de l'approbation du peuple

et la plupart des auteurs français actuels. En sens contraire, Hoelder, Karlowa.

1. On a dit : que le testament est fait d'après Labéon chez Aulu-Gelle (p. 813, n. 3), *in populi contione*, et qu'on ne vote pas dans les *contiones* ; que, d'après les mêmes auteurs, les *comitia calata* sont tenus *pro conlegio pontificum*, tandis que les comices où l'on vote sont présidés par un magistrat ; enfin que le nom même du *testamentum* implique des témoins, des *testes* et non pas des votants. Mais ces objections ont été très bien réfutées par Mommsen, *Dr. publ.*, (6, 1, p. 363 ; 3, p. 41. La *contio* n'exclut pas les comices, elle en est le préliminaire, le peuple se réunissant pêle-mêle *in contione* avant de se distribuer suivant ses divisions légales en *comitia* ; elle ne les exclut certainement pas ici, le texte qui dit que le testament est fait *in contione*, disant aussi, comme son nom même, qu'il est fait dans des *comitia*, les *comitia calata*. L'allégation, selon laquelle on ne voterait pas dans les comices tenus *pro conlegio pontificum*, est gratuite : l'adrogation, où le peuple vote certainement, est aussi faite dans des *comitia calata* présidés par le grand pontife (p. 175, n. 1). Enfin, ici comme dans l'adrogation, le rôle de témoin du peuple se concilie très bien avec son rôle de votant. Il est même probable que c'est du testament comitial que vient la formule plus tard employée dans le testament *per aes et libram* : *Ita do ita lego ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote* (p. 822, n. 3), car elle s'adresse beaucoup mieux aux quirites des comices qu'aux cinq témoins et au *libripens* de la mancipation.

et des pontifes, la grande utilité du testament nouveau eût été d'éluder ce contrôle, d'établir la liberté. La liberté existait avant lui. Cela ne prouve pas que le concours du peuple ait toujours été une simple formalité. Seulement cela prouve qu'il l'est devenu.

Nous ne croyons même pas qu'il suffise de dire que, comme pour l'adrogation, le concours du peuple est devenu progressivement de pure forme. L'adrogation faite devant les trente licteurs reste soumise au contrôle des pontifes. On ne trouve pas trace de ce contrôle en matière de testament. C'est donc qu'il y a eu un acte positif qui a supprimé à la fois le contrôle des pontifes et celui du peuple, qui a établi la liberté de tester. Et il n'y a pas, à notre sens, le moindre motif de révoquer en doute le témoignage des Romains selon lequel cette réforme remonte aux XII Tables [1], vient de la règle rapportée en termes médiocrement concordants : *Uti pater familias legassit de re sua* ou *super familia pecuniaque sua* ou *super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto* [2]. C'est une disposition qui a établi la liberté dans le testament primitivement soumis au contrôle des comices et de leur président, comme par exemple la règle : *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto* a reconnu la validité de la mancipation et du *nexum* où, au lieu d'être réelle, la pesée serait fictive. Antérieurement c'était le peuple qui *legabat*, qui *legem dicebat* sur la *res* du testateur, sur son patrimoine (*familia pecuniaque*), sur la tutelle des enfants que sa mort rendait *sui juris* et sur le sort des biens qu'il laissait (*tutela pecuniaque suae rei*). Désormais c'est le testateur qui fait sur tout cela une *lex* dont la soumission au peuple n'est plus que de pure forme [3].

1. Le texte fondamental est celui de Pomponius, dans son commentaire du vieux jurisconsulte de la République Q. Mucius Scaevola, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 120 : *Verbis legis duodecim tabularum his : 'Uti legassit suae rei ita jus esto', latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi.* V. dans le même sens Gaius, 2, 224. Justinien, *Inst.*, 2, 22, *De leg. Falc.*, *pr.* Nov. 22, c. 2, *pr.*

2. XII Tables, 5, 3 : Gaius, 2, 224 ; *Inst.*, 2, 22, *De leg. Falc.*, *pr.* : Pomponius (n. 1) : *Uti legassit suae rei.* — Nov. 22, c. 2, *pr.* : *Uti legassit quisque de sua re.* — *Auct. ad Her.*, 1, 13 ; Cicéron, *De inv.*, 2, 50 : *Uti super familia pecuniaque sua legassit.* — Ulpien, 11, 14 : *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei.*

3. MM. Lambert, p. 32, et Cuq, 1, p. 125, n. 3, ont contesté qu'on pût faire remonter l'introduction de la liberté testamentaire à une époque aussi reculée. M. Appleton, pp. 82-84 et ss., pense au contraire que la disposition des XII Tables aurait simplement ratifié une pratique déjà introduite sous l'influence du testament *in procinctu* (p. 818). Mais il entend le texte de la même façon que nous. C'en est, nous semble-t-il, l'interprétation la plus naturelle. En tout cas, nous repoussons deux autres interprétations qu'on en a proposées : 1° une interprétation selon laquelle cette disposition des XII Tables aurait pour but de ratifier le testament *per aes et libram*. Alors il aurait été le premier testament qu'on eût pu faire sans le contrôle du peuple et des pontifes, et il serait inexplicable que Gaius, 2, 102 (p. 819, n. 2), n'indiquât pas cet avantage. De plus nous verrons plus loin (p. 822), qu'au moins dans sa forme définitive, il a été organisé par la pratique en profitant abusivement de la règle des XII Tables qu'on lui a étendue par une entorse : cette règle n'a donc pas été faite pour lui. —

Sous cet aspect nouveau, le testament comitial a certainement subsisté longtemps après les XII tables. Cependant il est tombé en désuétude dès avant la fin de la République. Un témoignage relatif à un procès de l'an 605 de Rome paraît déjà supposer qu'il est sorti de l'usage [1].

2. Le testament *in procinctu* [2] fait non pas devant le peuple dans sa

2° un autre système déduit de la distinction de la *familia*, c.-à-d. des *res mancipi*, et de la *pecunia*, c.-à-d. des *res nec mancipi*, selon lequel le texte dans la formule d'Ulpien ne parlant que de la *tutela* et de la *pecunia* permettrait uniquement de disposer de la tutelle de ses enfants et de ses *res nec mancipi*, de sa *pecunia* par opposition à sa *familia*, ou bien, suivant une opinion (Cuq, *N. R. H.*, 1886, p. 540 ; *Institutions*, 1, pp. 129-131. 270), sans testament, par legs indépendant, ou bien, d'après une idée nouvelle plus ingénieuse, par un testament soustrait seulement dans cette mesure au contrôle des comices (Mitteis, *Privatrecht*, 1, p. 82, n. 24 ; cf. Wlassak, *Z. S. St.*, 41, 1910, pp. 216-218, qui oppose seulement le legs des choses quelconques à l'institution d'héritier). Nous avons déjà dit (p. 257, n. 2) qu'à notre sens les deux expressions, qui ont dû avoir d'abord un sens distinct correspondant à leur portée concrète, sont, dès le temps des XII Tables, employées tantôt séparées, tantôt réunies, comme synonymes pour désigner le patrimoine et que la preuve en est dans les impossibilités où l'on tombe quand on veut les entendre dans un sens distinct. Nous avons aussi déjà relevé (p. 229, n. 3) une de ces impossibilités. Les doctrines que nous rencontrons en révèlent, à notre sentiment, d'autres. Elles supposent, la première, un legs indépendant du testament qui heurte toutes les notions romaines, la seconde un contrôle partiel des comices qui ne leur est peut-être pas au fond moins contraire ; mais en outre elles supposent toutes deux que la disposition des XII Tables ne concernait, à côté des nominations de tuteurs, que les legs de choses *nec mancipi*. Or le jurisconsulte Pomponius, commentant le jurisconsulte du VII[e] siècle Q. Mucius Scaevola, dit positivement (p. 817, n. 1) que la disposition des XII Tables s'appliquait non seulement aux legs de choses *nec mancipi*, mais aux institutions d'héritiers (qui, portant sur tout le patrimoine, porteraient dans la terminologie indiquée à la fois sur la *familia* et la *pecunia*), mais aux affranchissements testamentaires (qui ont pour objet des esclaves, faisant, dans cette terminologie, partie de la *familia*). Si la distinction était établie comme ayant une valeur technique dans les XII Tables, il faudrait, en face du texte de Pomponius, non pas construire des systèmes arbitraires sur la version du texte des XII Tables donnée par Ulpien, mais admettre que la rédaction qui nous a été transmise par Ulpien n'est pas la bonne et que la loi des XII Tables parlait à la fois, comme disent Cicéron et la Rhétorique à Herennius (p. 817, n. 2), de *familia* et de *pecunia* (cf. A. Pernice, *Labeo*, 1, p. 324, n. 3) ou tout simplement avec la formule concise de Pomponius, de Gaius et de Justinien, de *res sua* (v. en ce sens Appleton, pp. 59, n. 1. 91, n. 5). Nous pensons cependant que la version la plus vraisemblable est celle d'Ulpien, parce que le texte des XII Tables visait sans doute expressément les nominations de tuteurs testamentaires (v. Paul, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 53, *pr.*), et que leur mention même, *tutela*, aura probablement amené à désigner le second terme, la *res* par le mot *pecunia*, sans compliquer du troisième terme *familia*. Mais, si cela est, ce texte est une nouvelle preuve que, suivant les accidents de rédaction, la vieille langue juridique emploie déjà indifféremment les deux mots *familia* et *pecunia* pour désigner le patrimoine. V. en ce sens Pierron, *R. gén.*, 1895, pp. 385-400.

1. Cicéron, *De or.*, 1, 53, représente à cette date l'accusé Galba laissant par une figure de rhétorique la tutelle de ses enfants au peuple (*et duos filios suos parvos tutelae populi commendasset, ac se, tanquam in procinctu testamentum faceret, sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati*) en ne mentionnant que le testament *in procinctu* comme existant encore à côté du testament *per aes et libram*.

2. Gaius, 2, 101 (p. 814, n. 2), et les autres textes cités p. 814, n. 3. Ajouter la scolie de Vérone *ad Aen.*, 10, 241 (reproduite chez Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 96,

disposition la plus ancienne, mais devant le peuple mis en ordre de bataille selon la distribution plus récente, qu'on fait remonter à Servius Tullius et qui date peut-être seulement de la République, présente naturellement un caractère plus récent que le testament *calatis comitiis*. De plus, si l'on remarque que le peuple sous les armes n'a guère jamais pu jouer, dans ce testament fait avant la bataille, un autre rôle que celui de témoin, on sera porté à penser que le testament *in procinctu* s'est introduit seulement après que le peuple avait été réduit à ce rôle dans le testament comitial lui-même. Depuis lors, il a pu fonctionner, avec son caractère anormal, mais utile, pour les personnes qui faisaient partie de l'armée, ainsi même pour les plébéiens auxquels le testament *calatis comitiis*, fait dans les comices par curies, était peut-être fermé à l'origine, mais non pour les personnes âgées de plus de quarante-six ans, qui, en leur qualité de *seniores*, ne faisaient pas partie de l'armée active. Il est encore signalé expressément dans le témoignage relatif au début du VII[e] siècle qui ne parle plus du testament comitial. Mais ensuite il n'en est plus question et il était lui-même en désuétude avant la fin de la République [1].

II. **Testament *per aes et libram*.** — Ce second mode de tester est l'application aux dispositions à cause de mort du procédé que nous avons vu servir à transférer la propriété des *res mancipi*, à mettre les enfants *in mancipio*. L'individu qui veut disposer, aliène son patrimoine, *familia pecuniaque*, dans les formes de la mancipation, avec la balance et le morceau de métal, devant le *libripens* et les cinq témoins, au profit d'un tiers appelé le *familiae emptor*. Seulement cette utilisation de la mancipation a, selon Gaius, passé successivement par deux phases que distingue le rôle du *familiae emptor* : dans la première, il joue le rôle d'héritier, il prend le patrimoine sauf à supporter les charges ; dans la seconde, il n'est plus qu'un figurant auquel est notifié par écrit ou oralement le testament contenant l'institution du véritable héritier [2].

n. 3) et Vell. Pat., 2, 5, 2 (au sujet de la prise de Contrebia en Espagne) : *Facientibusque omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret, non deterritus proposito* (Q. Caecilius Metellus Macedonicus, cos. 611, procos. 612), *perseverantia ducis, quem moriturum misera militem, victorem recepit*.

1. Cicéron, *De nat. deor.*, 2, 3, 9 : *Nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt*.

2. Gaius, 2, 102 : *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram scilicet quia per mancipationem peragitur*. 103 : *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt ; hoc vero solum quod per aes et libram fit in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet : nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam*

1. Dans la première phase, la *mancipatio familiae* n'était pas un véritable testament, l'*emptor familiae* était seulement *loco heredis, heredis locum obtinebat*[1]. Il n'y avait là qu'un expédient pratique inventé pour des cas où, ne pouvant pas attendre l'époque du testament comitial, on essayait de copier le moins mal possible les effets qui auraient résulté d'un testament comitial instituant héritier l'*emptor familiae*. Il acquérait les biens moyennant un prix fictif et on s'en remettait à sa probité d'exécuter les charges qui lui eussent été imposées dans un testament comitial. Cet acte a été inventé, d'après Gaius, pour le cas où une maladie pressante empêchait d'attendre les comices. Il peut en outre avoir eu certains avantages secondaires, par exemple avoir été accessible aux plébéiens dès avant que les curies leur fussent ouvertes. Mais, en revanche, il avait des inconvénients multiples et graves qui en faisaient un instrument très médiocre. Encore plus que le testament comitial, qui primitivement, étant fait par une loi, ne pouvait être défait que par une loi, mais qui pouvait être défait par une loi et qui dut même pouvoir être librement révoqué depuis que le peuple y fut un simple témoin, le estament par mancipation est irrévocable, puisqu'il se fait par une aliénation. Il a aussi nécessairement, comme le testament comitial, l'inconvénient d'être public, de faire connaître à l'héritier sa vocation. Mais il y a plus : au moins dans sa notion originelle, il doit logiquement entraîner le dessaisissement immédiat de celui qui le fait ; car ce qu'on aliène, ce n'est pas une hérédité à venir pour l'aliénation de laquelle la loi ne connaît pas de procédé ; c'est ce que la loi permet d'aliéner, des personnes en puissance, des choses *mancipi*, qu'on mancipe en faisant sans doute en même temps tradition des *res nec mancipi*. Ensuite, si le testament *per aes et libram* est sous ce rapport plus grave que le testament comitial, il n'est pas possible partout où celui-ci le serait : il est impossible quand on veut prendre pour héritières des personnes en sa puissance, au profit desquelles on ne peut aliéner. D'autre part, il n'est pas aussi efficace : il ne fait pas de l'*emptor familiae* un continuateur de la personne, un héritier, il en fait seulement un successeur aux biens. Enfin et surtout il ne l'oblige pas légalement à exécuter les charges : il n'y a qu'un lien moral dont force était de se contenter faute de pouvoir faire naître autre chose.

C'était là un mode de tester *in extremis*, inventé pour le cas où, ne pouvant faire mieux, on était réduit à y recourir et qui ne devait être employé qu'*in extremis*, qui même aurait mis le disposant en très mau-

legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur.

1. Gaius, 2, 102 : *Heredis locum obtinebat*, 2, 105 : *Heredis loco erat*. V. pour la comparaison avec l'exécution testamentaire du type le plus ancien (*Treuhand* germanique, etc.), Lambert, p. 52 et ss. ; Appleton, pp. 107-119 ; Ehrlich, *Z. für vergl. R. W.*, 17, 1905, pp. 99-109.

vaise posture s'il était revenu à la santé. Mais d'ailleurs il n'y a pas lieu d'écarter le témoignage de Gaius selon lequel telle a été la première phase du testament *per aes et libram*. Il y a même un vestige qui atteste que son fonctionnement a eu une certaine durée. Ce sont les règles de capacité qui régissent les témoins que nous rencontrons ici pour la première fois. Les témoins et le *libripens* doivent, soit dans la première phase, soit dans la seconde, avoir une certaine capacité (*factio testamenti* des témoins). Ils ne doivent pas seulement, au point de vue de la capacité absolue, présenter certaines qualités : être citoyens, ou tout au moins Latins, être du sexe masculin, être pubères, n'être ni fous ni interdits, enfin n'être pas frappés de l'incapacité spéciale d'être témoins [1]. Ils doivent en outre avoir la capacité relative d'être témoins dans le testament fait par une personne au profit d'une autre. Or, à ce point de vue, les témoins qui ne doivent pas être de la famille du disposant, ne doivent pas non plus être de celle de l'*emptor familiae*, même à l'époque où celui-ci n'est plus qu'un figurant, tandis qu'ils ont encore longtemps pu être de celle de l'héritier ou du légataire [2]. C'est là évidemment une règle qui a été établie à l'époque où le *familiae emptor* avait un intérêt dans l'acte, où ses parents étaient des témoins suspects et qui maintient le souvenir de cette période dans la période postérieure où, le *familiae emptor* n'ayant plus d'intérêt à l'acte, l'exclusion de ses parents n'a plus de raison.

2. Dans cette seconde période à laquelle on a dû arriver progressivement [3], on continue pour la forme à manciper la *familia pecuniaque*, avec le morceau de métal et la balance, devant le porte-balance et les cinq témoins [4]. On conserve la mancipation par respect des usages établis [5], parce que c'est le mode par lequel on avait anciennement coutume de disposer de ses biens quand on ne faisait pas de testament comitial. Mais ce n'est qu'une forme vaine, ainsi que montrent déjà les paroles que prononce le *familiae emptor*, au moment où il frappe la balance avec le morceau de métal et par lesquelles il déclare explicitement n'acquérir les biens qu'à charge de les remettre à autrui : *Fami-*

1. Ulpien, *Reg.*, 20, 7. 8. *Inst.*, 2, 10, *De test.*, 6.

2. Gaius, 2, 105. 106. Ulpien, *Reg.*, 20, 3-6, *Inst.*, *h. t.*, 10. A l'époque de Justinien, ni l'héritier institué ni les membres de sa famille ne peuvent plus être témoins (*Inst.*, 2, 10, *De test.*, 9-11). Un texte du *D.*, 28, 1, *Qui test.*, 20 *pr.*, indique même l'incapacité de l'héritier comme déjà admise par Ulpien (Lenel, 2430) ; mais c'est plus que douteux. D'autre part, rien n'empêche, dans la seconde période, celui qui a écrit le testament d'être l'un des témoins affirme une réponse de Celse, *D.*, 28, 1, *Qui test.*, 27, surtout célèbre à cause du ton un peu rude sur lequel elle est donnée (*Quaestio Domitiana*).V. Appleton,*Mélanges Girard*,1, pp. 1-26 et les auteurs cités par lui, p. 2, n. 1.

3. Cicéron, *De or.*, 1, 53 : *Sine libra atque tabulis*, paraît indiquer l'existence de cette forme nouvelle en 605 (p. 818, n. 1).

4. Gaius, 2, 104. Ulpien, *Reg.*, 20, 2.

5. Gaius, 2, 105 : *Propter veteris juris imitationem* ; 2, 104 : *Dicis gratia*.

liam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio et ea quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere aeneaque libra esto mihi empta[1].

L'acte essentiel, à côté de cette mancipation de forme, est celui par lequel le testateur fait connaître ses dispositions, y compris l'institution d'héritier, la *nuncupatio*. Cette *nuncupatio* a deux formes : une forme écrite et une forme orale[2]. Ou bien le testateur déclare verbalement ses volontés en présence du *libripens* et des témoins, ou bien il leur présente un acte écrit à la manière romaine sur des tablettes enduites de cire réunies en carnet (*tabulae testamenti*, *codex testamenti*), en déclarant que telles sont ses volontés, par la formule : *Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do ita lego ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote*[3]. Et, qu'on emploie une forme ou l'autre, cette déclaration produit tous les effets que produisait le testament comitial quant à l'institution d'héritiers, aux legs, aux nominations de tuteurs, aux affranchissements, etc.

La question est de savoir comment lui est venue cette efficacité. A notre sens, il y a là non pas une création de la loi, mais une construction des praticiens faite par eux après les XII Tables en partant de la règle des XII Tables sur le testament comitial et en l'étendant abusivement au testament greffé sur une mancipation. Cela résulte du caractère tortueux, inutilement compliqué de l'acte, où l'on greffe la disposition de dernière volonté sur la mancipation, peut-être pour s'appuyer à la fois sur les règles des XII Tables relatives à la mancipation et sur celles relatives au testament ; de l'affectation maladroite avec laquelle l'*emptor familiae* insiste sur la *lex publica* qui permet au disposant de tester ; de la gaucherie avec laquelle le testateur lui-même répète la formule : *Ita do ita lego ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote*, qui se concevait dans la bouche d'un testateur s'adressant aux comices, mais qui est d'une solennité un peu risible adressée aux cinq hommes et au *libripens* du testament *per aes et libram*. Ce n'est pas là le

1. C'est la restitution de la formule que nous croyons la meilleure. Le texte de Gaius, 2, 104, présente des corruptions qu'on corrige de manières diverses ; mais, qu'on admette une restitution ou l'autre, la formule atteste toujours que le *familiae emptor* n'est pas destiné à conserver l'hérédité.

2. On néglige souvent cette forme verbale, qui n'est pas indiquée dans les traités élémentaires de Gaius et d'Ulpien, mais dont l'existence ne nous paraît pas douteuse, si l'on remarque que tous les testaments (*calatis comitiis* et *in procinctu*) se faisaient à l'origine oralement et que le nom même de la *nuncupatio* s'entend aussi bien d'une déclaration relative aux volontés du testateur, qui a dû être le point de départ, que d'une déclaration relative aux tablettes contenant ces volontés, qui a dû être un développement postérieur. En ce sens, Karlowa, 2, p. 855. C'est, croyons-nous, à elle et non pas au testament nuncupatif, fait d'une *nuncupatio* sans mancipation, de Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 14, qu'il faut rapporter les textes cités, p. 823, n. 2.

3. Gaius, 2, 104.

caractère simple, naturel, direct des actes sortis de la volonté du législateur ou même de la conscience juridique du peuple (mancipation, adrogation, *conventio in manum*, testament comitial). Cet amas de complications, de détours, de précautions, de termes superflus, révèle une construction doctrinale, une œuvre d'interprètes, comme l'*in jure cessio*, l'émancipation, l'adoption. Il y a là une création de jurisconsultes, de jurisconsultes d'une époque peu avancée où les interprètes avaient, dans le maniement du droit encore mal connu, une liberté qu'ils n'auraient pas eue en un temps où la science juridique eût été plus répandue [1], probablement des pontifes qui n'avaient plus d'intérêt au maintien du testament comitial depuis que les XII Tables l'avaient soustrait à leur contrôle.

Le testament par mancipation et *nuncupatio*, verbale ou écrite, fonctionne, avec les deux formes de *nuncupatio*, dans les derniers siècles de la République et dans les premiers siècles de l'Empire. La *nuncupatio* verbale, dont on rapporte qu'Horace dut se servir pour instituer Auguste son héritier, son état de santé ne lui permettant pas de remplir les formalités de la confection des tablettes, est encore signalée par Ulpien au temps des Sévères [2]. Mais la forme de beaucoup la plus usitée était la seconde forme consistant dans la confection de *tabulae* présentées aux témoins qui y apposaient leurs cachets (*obsignatio*) avec leurs noms en regard (*superscriptio*) d'après l'usage romain et auxquels cela paraît même avoir été commandé par une loi antérieure au temps de Cicéron, peut-être par la loi Cornelia *de captivis* [3]. Gaius ne parle déjà que d'elle [4]. C'est aussi celle dans laquelle ont été faits tous les testaments qui nous ont été transmis [5]. Et en effet elle avait sur l'autre une incontestable supériorité. Naturellement elles permettent toutes deux de révoquer le testament à sa guise, à la différence de ce qui existait dans l'ancienne *mancipatio familiae* faite au profit du *bonorum emptor*. Mais

1. La formule même prononcée par le testateur garde une trace de sa haute antiquité dans le mot *endo* qui ne se trouve en dehors de là que dans les XII Tables, 1, 2.

2. Suétone, *Vita Horatii* : *Decessit... herede Augusto palam nuncupato cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas* (autres exemples de l'an 737, Dion Cassius, 53, 20, et du temps de Caligula. Suétone, *Gaius*, 38). Ulpien, *D.*, 28, 1. *Qui test.*, 21, *pr.* (Lenel, 2435).

3. L'édit cité par Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 45, 117 (p. 825, n. 1), parle de tablettes ne portant pas moins de cachets *quam e lege oportet*; d'un autre côté, ni Gaius, ni Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 2, ne parlent de cette exigence du droit civil.

4. Il en est de même d'Ulpien, dans ses *Reg.*, 20, 9, quoiqu'il parle ailleurs nettement de l'autre forme (n. 2).

5. Nous citerons notamment : le testament de Dasumius de l'an 108 après J.-C. plus tard gravé sur une table de marbre dressée auprès de son tombeau et conservée en partie (*Textes*, p. 797), le testament fait à Arsinoé le 23 mars 131 dont le texte latin mutilé a été publié d'après un papyrus de Berlin par M. Seymour de Ricci, *Comptes rendus de l'Ac. des Inscr.*, 1914, pp. 524-533 (cf. G. Castelli, *Studi della scuola papirologica di Milano*, 2, 1916) et celui fait en Egypte en l'an 189 par le soldat retraité C. Longinus Castor, dont la traduction grecque, retrouvée dans un autre papyrus de Berlin, a été publiée en 1894 (*Textes*, p. 801).

la forme écrite a sur la forme purement verbale l'avantage d'une certitude plus grande, d'une plus grande facilité de preuve. Elle avait aussi celui de permettre de laisser ignorer à l'héritier sa vocation. Elle n'impliquait pas nécessairement le secret; car rien n'empêchait de montrer les tablettes avant leur clôture à l'héritier ou aux témoins [1]. Mais le secret était aisé à obtenir dans la forme de confection des tablettes où la partie du carnet qui restait ouverte contenait seulement le nom du testateur et où les dispositions se trouvaient dans les tablettes suivantes closes par un fil sur lequel les témoins apposaient leurs cachets : et cette forme, qui devait être la plus usitée, fut rendue obligatoire par un sénatus-consulte rendu sous Néron [2].

III. Testament prétorien. — On peut, en quittant les deux variétés du testament *per aes et libram* des temps historiques, remarquer d'abord que, dans l'une et l'autre, la mancipation n'est plus qu'une réminiscence superflue de l'ancienne *mancipatio familiae*, ensuite qu'au moins dans la seconde, la *nuncupatio* n'existe plus elle-même que de nom. L'important est exclusivement la présentation de l'écrit aux cinq témoins, au *libripens* et à l'*emptor familiae*, en somme à un certain nombre de personnes, qui mettent leurs cachets sur lui. Le préteur est parti de là pour l'établissement des règles du testament prétorien [3].

Négligeant les formes qui n'avaient qu'une raison d'être historique, qui s'expliquaient uniquement par le greffage de la *nuncupatio* sur la

1. La preuve en est dans des passages des lettres de Cicéron, notamment dans la lettre à Atticus, 7, 2 (p. 840, n. 4), où il lui rapporte les dispositions d'un testament les instituant tous deux pour des parts inégales : elle est aussi dans le texte d'Horace, *Sat.*, 2, 5, 51 et ss., qui montre que c'était une politesse de proposer aux témoins, au gratifié, de lire les tablettes, mais en même temps que c'était une chose de convenance de refuser ; car il conseille de lancer, tout en refusant l'offre, un coup d'œil rapide pour voir le nom (en ce temps, celui de l'héritier institué) mis en tête.

2. Suétone, *Nero*, 17 : *Cautum ut in testamentis primae duae verae, testatorum modo nomine inscripto, vacuae signaturis ostenderentur*. Cette disposition vient peut-être, avons-nous vu, p. 68, n. 1, 2°, du sénatus-consulte sur la forme des actes, cité par Paul, *Sent.*, 5, 25, 6 ; mais alors elle constitue une disposition distincte de celle rapportées par Paul ; car le sénatus-consulte exige pour les actes entre vifs une rédaction en double original, l'un sur la partie ouverte et l'autre sur la partie close des tablettes, dont nous avons de nombreux exemples (p. 68, n. 1, 2° ; *Textes*, p. 840), tandis qu'ici il est prescrit de rédiger l'acte en un seul original où la partie ouverte des tablettes contiendra seulement les premiers mots, le nom du testateur (v. par ex. le début du testament de C. Longinus Castor, *Textes*, p. 801).

3. Gaius, 2, 119. Ulpien, *Reg.*, 28, 6. M. Erman, *Z. S. St.*, 20, 1899, pp. 188-191, considère à la vérité le 7e témoin comme étant l'*antestatus* et non le *familiae emptor*, ce qui aurait l'avantage de rattacher à l'acte *per aes et libram* en général et non pas au seul testament *per aes et libram* le large emploi fait par le droit romain des sept témoins. Mais cette idée nous paraît contredite par le testament de Longinus Castor où l'*antestatus* apparaît comme le premier des cinq témoins et non pas comme un personnage distinct à la manière du *libripens* p. 292, n. 5). Cf. aussi p. 826, n. 2, la réduction des témoins du testament civil à cinq et non à six.

mancipatio familiae, s'occupant seulement de celles qui avaient une utilité pratique, il a considéré comme constituant un testament valable l'acte présenté aux sept témoins et scellé de leurs cachets. Il a déclaré dans son édit, dès avant le temps de la préture de Verrès, préteur urbain en 680, qu'il accorderait la *bonorum possessio secundum tabulas* si on lui présentait des *tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet*, disait l'édit du temps de Cicéron, s'il y avait des *tabulae non minus quam septem signis signatae*, dit en termes un peu différents l'édit codifié par Julien [1].

Mais la *bonorum possessio* qu'il donnait ainsi était d'abord et est longtemps restée une *bonorum possessio sine re* : celui qui la recevait en vertu d'un testament nul *jure civili* et valable *jure praetorio* n'était pas protégé contre la pétition d'hérédité des héritiers ab intestat, des héritiers appelés par le droit civil en l'absence de testament. Elle ne fut rendue *cum re*, une exception ne fut accordée à son bénéficiaire contre la pétition d'hérédité de l'héritier civil que par Antonin le Pieux [2].

IV. Testaments du Bas-Empire. — Ces différents modes de tester sont tombés en désuétude au Bas-Empire [3]. Ils ont été remplacés, d'une part, par des formes de testament privé qui procèdent très directement du testament *pers aes et libram* et du testament prétorien et, d'autre part, par des formes de testament public qui ramènent dans le testament l'intervention de l'autorité qui en avait disparu avec la désuétude du testament comitial.

1. Les testaments privés sont le testament nuncupatif et le testament tripartite.

Le testament nuncupatif est, comme le testament prétorien, une simplification du testament *per aes et libram*. C'est la *nuncupatio* toute seule, telle qu'elle avait lieu quand, après la mancipation, le testateur,

1. Edit du temps de Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 45, 117 : *Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo*. Edit perpétuel d'Hadrien (d'après Lenel, *Edictum*, § 149) : *Si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae... secundum supremas tabulas...* Le domaine de la *B. P. secundum tabulas*, qui est, sous ce rapport, plus large que celui de l'hérédité testamentaire, est, sous un autre rapport, plus étroit ; car elle ne peut être accordée au cas où la nuncupation a été verbale (p. 823, n. 2), ni à celui où elle a bien été écrite, mais où les tablettes n'ont pas les cachets complets ; elle ne pouvait non plus l'être, dans l'édit du temps de Cicéron, quand le testament ne pouvait être produit, tout en ayant encore existé au moment de la mort du testateur. Il est même assez divertissant de remarquer que Cicéron reproche amèrement à Verrès une innovation analogue à celle faite sous ce rapport par l'édit postérieur. Cf. *In Verr.*, 2, 3, 7, 16, et P. Krueger, *Kritische Versuche*, 1876, pp. 21. 22.

2. Gaius, 2, 120.

3. *Inst.*, *h. t.*, 1.

au lieu de présenter les *tabulae*, déclarait ses volontés oralement [1]. Le préteur tenait pour valable le testament présenté à sept témoins et scellé par eux sans mancipation préalable. Le droit récent a également reconnu le testament fait verbalement devant les témoins, et même d'abord devant cinq témoins, puis devant sept [2], sans mancipation préalable.

Le testament tripartite (*testamentum tripartitum*), créé par Théodose II et Valentinien III en 439 [3], est un testament écrit présenté par le testateur, ouvert ou clos, aux témoins, puis revêtu de leurs souscriptions à tous et ensuite cacheté par les témoins. On l'appelle de ce nom parce que, dit Justinien, ses formes viennent de trois sources : 1° de l'ancien droit civil, selon les règles duquel il exige le concours des témoins et doit être fait en un trait de temps, sans interruption, ainsi que le commandait le caractère du testament comitial et que ce fut maintenu dans le testament *per aes et libram* [4] ; 2° du droit prétorien, auquel il a emprunté l'exigence des sept témoins [5], qui ne sont au reste qu'une simplification des cinq témoins de la mancipation, du *libripens* et du *familiae emptor*, et celle de leurs sept cachets [6] ; 3° du droit des constitutions impériales,

1. *Inst.*, *h. t.*, 14. *C.*, 6, 23, *De test.*, 21, 4 ; 26. Nous avons déjà dit (p. 822, n. 2) qu'il ne faut pas confondre ce testament fait de la seule *nuncupatio* avec le testament *per aes et libram* où il y avait une mancipation et une *nuncupatio*, mais où la *nuncupatio* était orale et non écrite. Nous ne savons auquel se rapportait, dans sa forme première, la constitution de Gordien, *C.*, 6, 11, *De B. P. sec. tab.*, 2 (cf. *C.*, 6, 36, *De cod.*, 8, 1), qui admet que, malgré l'absence de *tabulae*, ce testament, s'il a été fait devant sept témoins, sera considéré comme valable civilement et donnera la *B. P.*

2. Justinien indique le chiffre de sept témoins et c'est aussi celui qu'indique la constitution de Gordien ; mais c'est particulièrement pour ce testament qu'on paraît avoir considéré la disparition de la mancipation comme ayant pour conséquence la disparition du *libripens* et de l'*emptor familiae* et par conséquent la réduction du chiffre des témoins à cinq (n. 5).

3. *Nov. Theod. II*, 16, 1 = *C.*, 6, 23, *De test.*, 21 ; *Inst.*, *h. t.*, 3 : *Ut hoc jus tripertitum esse videatur ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.*

4. Ulpien, *D.*, 28, 1, *Qui test.*, 21, 3.

5. Il y avait eu sur ce point des variations temporaires venant sans doute de ce qu'après la disparition de la mancipation on jugea le concours du *familiae emptor* et du *libripens* superflu pour la validité civile du testament ainsi ramené au chiffre de cinq témoins, notamment quand, par suite de son caractère oral et de l'absence de cachets, les sept témoins ne pouvaient servir à assurer la *B. P.* : *C. Th.*, 4, 4, *De test.*, 1 ; 3, 1 ; 7, 2 ; Isidore, *Orig.*, 5, 24, 5. 6 (cf. *C. Th.*, 4, 4, *De test.*, 3, *interpr.*) : *Testamentum juris civilis est quinque testium subscriptione firmatum : testamentum juris praetorii est septem testium signis signatum.* Mais la constitution de 439 de Théodose et de Valentinien, *Nov. Theod. II*, 16, 1, 6 = *C.*, 6, 23, *De test.*, 21, 4, a exigé, pour tous les testaments, même oraux, le chiffre de sept témoins.

6. Les cachets (*signa*) des témoins et leurs noms inscrits en regard (*superscriptiones*) sont encore mentionnés, à côté de leurs *subscriptiones*, dans les procès-verbaux d'ouverture de testaments de Ravenne ; v. par ex. *Textes*, p. 812, dans le procès-verbal de 474 : *Agnosco anuli mei signaculum superscriptionem meam, sed et*

qui ont requis que le testament fût souscrit (*subscrîptio*) par les sept témoins et par le testateur [1], ou par les témoins et un huitième *subscriptor*, quand le testateur ne peut écrire [2] : c'est, en remplaçant la *subscriptio* par la signature moderne qui en est dérivée et l'un des témoins par le notaire, sensiblement le testament mystique du Code civil [3].

infra (ailleurs *intrinsecus*) *subscripsi*. Cf. Savigny, *Histoire du dr. romain au Moyen Age*, 2, pp. 114-117.

1. V. sur les *subscriptiones* des témoins et du testateur, Bruns, *Kleinere Schriften*, 1802, pp. 77-90. L'origine de la *subscriptio* se rattache probablement à la transformation du mode de confection des actes, qu'on n'écrit plus sur des tablettes enduites de cire, mais sur des feuilles de parchemin ou de papyrus, et à la désuétude du sénatus-consulte du temps de Néron sur leur fermeture, qui en a été la conséquence. Au lieu de présenter aux témoins les tablettes dont la partie ouverte portait seulement son nom (p. 824, n. 2), le testateur leur présente le testament au bas duquel il met sa souscription en leur présence et ils mettent ensuite la leur. Et ce n'est qu'après cela qu'on met les cachets et les *surpescriptiones* corrélatives. Il est même probable que la *subscriptio* des témoins a été en usage avant celle du testateur à une époque où, précisément par suite de la désuétude des anciennes formes, il leur lisait tout le testament pour qu'ils pussent l'attester (*Nov. Theod. II*, 16, 1 : *Testes exigunt omnimodo quae testamento continentur agnoscere*) et qu'on a ensuite inventé la souscription donnée par le testateur devant eux afin de lui permettre de leur attester que l'acte contenait ses volontés sans les leur faire connaître, comme l'explique la constitution de 439. La souscription des témoins est déjà requise par une constitution de 396 d'Arcadius et d'Honorius, *C. Th.*, 4, 4, *De test.*, 3, 1, qui se présente comme un développement de lois antérieures de Constantin et de Théodose. Au contraire celle fournie par le testateur en présence des témoins apparaît pour leur première dans la constitution de 439 qui paraît en avoir introduit l'exigence : *Dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit quod offertur eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit.* Ce qu'il faut bien remarquer, c'est que ni les souscriptions des témoins, ni celle du testateur ne sont, comme on le dit souvent par une inadvertance singulière, des signatures semblables aux signatures modernes faites du seul nom de la personne : ce sont des phrases plus ou moins longues où le nom de la personne est le sujet et *subscripsi* le verbe. V. par exemple le testament conjonctif d'Aredius et de sa mère Pelagia de l'an 572, chez Pardessus, *Diplomata*, 1, pp. 136-141, et celui de Mannanes de l'an 572, conservé sur un papyrus de Ravenne publié par Marini, *Papiri diplomatici*, 1805, n° 75 et reproduit dans Spangenberg, *Tabulae negotiorum solemnium*, 1822, pp. 121-130 (cf. aujourd'hui H. Marucchi, *Monumenta papyracea Latina bibl. Vaticanae*, 1895, p. 13).

2. *C.*, 6, 23, *De test.*, 21, 1. Il n'est pas nécessaire que le testament soit écrit de la main du testateur. Seulement une disposition de Justinien, *C.*, *h. t.*, 29 ; *Inst.*, *h. t.*, 4, abrogée par la novelle 119, c. 9, exigea temporairement que le nom de l'héritier institué fût tout au moins écrit de la main du testateur, soit dans sa *subscriptio*, soit dans une autre partie du testament. A l'inverse, la nécessité de la *subscriptio* distincte du testateur a été supprimée par Justinien pour le cas où il déclare dans le corps de l'acte l'avoir écrit de sa main, *C.*, *h. t.*, 28, 6.

3. C. civ., art. 976 et ss. Cf. sur la survivance des souscriptions testamentaires dans les pays de droit écrit au XII[e] et au XIII[e] siècles, Giry, *Manuel de diplomatique*, 1894, p. 601. On trouve aussi en droit romain un testament olographe valable sans témoins à condition d'avoir été tout entier écrit de la main du testateur, qui a été reconnu par Valentinien III, *Nov. Valent. III*, 21 (20), 2, 1 : *Si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus.* Mais ce testament n'a pas passé dans le droit de Justinien et le testament olographe du C. civ., art. 970, se rattache plutôt au testament *inter liberos* (p. 828, n. 6). Enfin on

2. Les testaments publics sont le *testamentum apud acta conditum*, fait par une déclaration verbale du testateur devant les autorités judiciaires ou municipales, qui en font dresser acte, et le *testamentum principi oblatum*, remis par écrit à la garde du prince [1].

§ 2. — **Formes anormales, testament militaire.**

Les formes anormales sont tantôt plus rigoureuses, tantôt plus faciles que celles du droit commun.

Elles sont plus rigoureuses pour mieux assurer la sincérité de l'expression de la volonté d'une personne infirme. D'après une constitution de Justin, le testament de l'aveugle doit être souscrit non pas par un huitième témoin quelconque, mais par le *tabularius* de la cité où il est fait et le contenu doit en être porté à la connaissance du *tabularius* et des témoins [2]. D'après une constitution de Justinien, celui du sourd-muet doit être écrit tout entier de sa main [3].

Dans d'autres cas, elles sont plus faciles. Ainsi, lorsque le testateur est atteint d'une maladie contagieuse, les témoins n'auront pas besoin de se mettre en sa présence immédiate [4]. Ainsi, pour le testament fait à la campagne, on pourra se contenter de cinq témoins [5]. Ainsi il n'y aura pas besoin de témoins pour le testament par lequel le père répartit simplement ses biens entre ses enfants [6]. Mais l'exception la plus importante et la plus ancienne est relative au testament du militaire (*testamentum militare*), qui est dispensé de toutes les formes [7].

On peut chercher un précédent à cette faveur dans le testament *in*

rapproche parfois le testament par acte public du C. civ., art. 971 et ss., soit du testament de l'aveugle (p. 828, n. 2), soit plus simplement du testament *apud acta* (p. 828, n. 1).

1. Le *testamentum apud acta conditum* est non pas introduit, mais reconnu par une constitution de Théodose et Honorius de 413, *C.*, *h. t.*, 19. *C.*, *h. t.*, 18, de l'an 397. Il consiste dans une déclaration qui est faite soit devant un magistrat judiciaire (*C.*, *h. t.*, 19, 1 : *Actis cujuscumque judicis*), soit devant les autorités municipales (*C.*, *h. t.*, 19, 1 : *Actis municipum*) et dont il est dressé acte. Cf. Savigny, *Hist. du Droit romain*, 1, nos 27-28. La doctrine selon laquelle il serait d'origine hellénique déjà émise par M. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, p. 95, n. 4, paraît aujourd'hui établie par *P. Oxy.*, 106 de l'an 135 (Mitteis, *Chrestom*, 308) et 107 de l'an 123 où l'on voit les testateurs réclamer des testaments de ce genre faits par eux devant les agoranomes et déposés entre les mains de ceux-ci. Cf. Mitteis, *Hermes*, 34, 1899, p. 103. — V. sur le *testamentum principi oblatum*, Théodose et Honorius, *C.*, *h. t.*, 19.

2. Justin, *C.*, 6, 22, *Qui test.*, 8. V. sur le caractère du *tabularius*, la p. 553, n. 1.

3. *C.*, *h. t.*, 10.

4. *Testamentum tempore pestis* : *C.*, 6, 23, *De test.*, 8, où il faut lire *oppresso* et non *oppressos*. V. sur les divers systèmes. Windscheid, 3. § 544, n. 7.

5. *Testamentum ruri conditum* : *C.*, *h. t.*, 31.

6. *Testamentum parentum inter liberos* : *C.*, *h. t.*, 21, 3. Nov. 107, cc. 1. 2.

7. *Inst.*, 2, 11, *De militari testamento*, *D.*, 29, 1, *De testamento militis*. Cf. Kuntze, *Cursus der Institutionen*, ed. 2, 1879, §§ 932-936. Accarias, 1, nos 415-416. Arangio Ruiz, *B. Ist. D. R.*, 18, 1907, pp. 157-196.

procinctu (p. 818), qui, en somme, était déjà un mode privilégié de tester ouvert aux seuls soldats, en campagne. Mais, dans sa forme moderne, ce privilège date de l'Empire. Le droit de tester sans formes a alors été accordé aux soldats, d'abord à plusieurs reprises à partir de César, par des dispositions plus ou moins transitoires, ensuite à partir de Trajan, par une disposition insérée à titre permanent dans les instructions (*mandata*) des gouverneurs [1].

En vertu de ces dispositions, le soldat est dégagé de toutes les règles civiles qui régissent la forme des testaments. Il peut manifester valablement ses dernières volontés d'une manière quelconque [2] et on est arrivé à le soustraire en outre à une série de règles des hérédités testamentaires qui ne sont aucunement des règles de forme [3].

On doit seulement remarquer que le testament privilégié fait ainsi par le soldat ne reste pas indéfiniment valable après qu'il a quitté le service : il ne l'est qu'à condition que le soldat meure sous les drapeaux, ou dans l'année qui a suivi son congé, s'il a été congédié honorablement et non pas exclu comme indigne [4]. En revanche, ce privilège appartenait jusqu'à Justinien à tous les soldats sans distinction de résidence, qu'ils fussent en garnison ou en campagne. Justinien l'a restreint aux soldats en campagne [5].

SECTION II. — **Capacité du testateur.**

Pour qu'un testament soit valable, il ne suffit pas qu'il soit fait dans les formes régulières. Il faut aussi que le testateur soit capable au moment de sa confection [6], qu'il ait la *factio testamenti*, appelée ici par les commentateurs *factio testamenti* active, par opposition à la *factio testamenti* passive, requise des héritiers et des légataires, et à la *factio testamenti* des témoins.

1. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* V. sur les débris mutilés du texte de Trajan conservés dans le *P. Fay.* 10, les renvois de Mitteis, *Grundzüge*, p. 279, n. 1.
2. La seule question sera la question de preuve. Mais la volonté peut être manifestée dans toutes les formes qui ne rendront pas cette preuve impossible, *C.*, 6, 21, *De test. mil.*, 15.
3. Ainsi il peut instituer des incapables (p. 833, n. 1), il peut mourir partie testat, partie intestat (p. 837, n. 2), il peut instituer des héritiers sous un terme certain, sous un terme ou une condition résolutoire, *ex certa re* (p. 837, n. 2), nommer un substitué à son fils en dehors des règles des substitutions pupillaires (p. 847, n. 5), faire un testament sans en révoquer un autre (p. 849, n. 5), non seulement omettre impunément d'instituer ou d'exhéréder ses héritiers siens et ses *liberi* (p. 874, n. 3), mais les exclure injustement de sa succession sans encourir la *querela inofficiosi testamenti* (p. 877, n. 1), épuiser son hérédité par des legs sans que l'héritier puisse invoquer la loi Falcidia.
4. Macer, *D.*, *h. t.*, 26 ; *Inst.*, *h. t.*, 3.
5. *Inst.*, *h. t.*, *pr.*
6. *D.*, 28, 1, *Qui testamenta facere possunt. Inst.*, 2, 12, *Quibus non est permissum testamenta facere.*

Le testament est une manifestation de volonté faite par une personne, dans les formes déterminées, pour régler le sort futur de son patrimoine. Il est donc fermé à ceux qui n'ont pas de patrimoine aux yeux de la loi romaine, à ceux qui sont hors d'état de vouloir et à ceux qui ne sont pas à même de manifester leur volonté dans les formes requises. De plus des règles de la loi positive l'interdisent, en dehors de là, à certaines personnes.

1. Ayant pour but de transmettre un patrimoine, le testament n'est pas accessible à ceux que la loi romaine regarde comme incapables d'avoir un patrimoine : aux esclaves, aux pérégrins qui n'ont pas le *commercium* et aux personnes *in patria potestate*. On remarquera seulement : pour les esclaves, que les esclaves du peuple ont le droit de tester sur la moitié de leur pécule [1] ; pour les pérégrins, que l'incapacité ne s'applique pas à ceux qui ont le *commercium*, en particulier aux Latins, et que ceux mêmes qui ne l'ont pas, s'ils sont incapables de faire un testament comme d'avoir une hérédité d'après la loi romaine, peuvent tester d'après leur loi nationale, si celle-ci connaît le testament [2] ; pour les personnes *in patria potestate*, que la création des pécules castrens, quasi-castrens et des biens adventices a restreint leur incapacité d'avoir un patrimoine, mais que la *testamenti factio* active ne leur a néanmoins été concédée que tardivement et dans une mesure restreinte : sur le pécule castrens, s'ils mouraient sous les drapeaux, par Nerva et Trajan, même sans cela par Hadrien ; sur le pécule quasi-castrens seulement par Justinien ; sur les biens adventices jamais [3].

2. Supposant une expression de volonté, il est fermé à ceux qui ne sont pas susceptibles d'une volonté éclairée et réfléchie, c'est-à-dire aux fous sauf pendant leurs intervalles lucides [4], aux impubères [5], à ceux qui, tout en étant capables, n'ont pas conscience de leur capacité [6] et même, dans le système romain, aux prodigues [7].

3. Au point de vue de la forme, il s'est trouvé interdit à ceux qui ne

1. Ulpien, *Reg.*, 20, 16 : *Servus publicus populi Romani pro peculii parte dimidia testamenti faciendi habet jus*. Cf. p. 100, n. 6.
2. Cf. Ulpien, *Reg.*, 20, 14.
3. *Inst. h. t.*, *pr.* Cf. pp. 143. 144.
4. Ulpien, 20, 13.
5. Ulpien, 20, 12. Il y a des raisons de croire, avec M. Collinet, *N. R. H.*, 1900, pp. 371-379, qu'en cette matière la fixation de la puberté du sexe masculin à l'âge de 14 ans était déjà admise au IIe siècle (Gaius, 1, 40. 2, 113) et que les textes qui paraissent impliquer le maintien de la controverse (p. 159, n. 3) à une date postérieure (Ulpien, *D.*, 28, 1, *Qui test.*, 5 ; Dioclétien, *C*, 6, 22, *Qui fac. test.*, 4) sont interpolés.
6. *D.*, *h. t.*, 14 ; 15.
7. Ulpien, 20, 8, rattache expressément à la formule *per aes et libram* l'incapacité du prodigue. V. pour sa justification sous le système du testament comitial, la p. 232, n. 1. A l'époque de Justinien, on maintient l'incapacité sans en essayer aucune justification (*D.*, *h. t.*, 18, *pr.* ; *Inst.*, *h. t.*, 2).

pouvaient soit figurer dans l'assemblée du testament comitial, soit procéder à l'aliénation du testament *per aes et libram*. Il y a, sous ce rapport, une incapacité qu'on peut faire remonter aux formes premières du testament et d'autres qu'on peut rattacher à celles du testament *per aes et libram*[1].

L'incapacité qu'on peut rattacher au testament primitif est celle qui frappa d'abord la femme. La femme ne faisait partie ni des comices par curies dans lesquels se faisait le testament *calatis comitiis*, ni de l'armée devant laquelle avait lieu le testament *in procinctu*. Mais, depuis l'introduction du testament *per aes et libram*, elle aurait dû pouvoir y procéder, comme à toute autre mancipation, avec l'*auctoritas* de ses tuteurs. Cela fut bien admis pour les affranchies, mais non pour les ingénues, pour lesquelles on garda la règle que la femme ne peut tester, même après que le testament se fit *per aes et libram*, probablement parce que l'*auctoritas tutorum* ne parut pas assez protéger les agnats de la femme ingénue qui pouvaient ne pas être ses tuteurs, par exemple quand son mari ou son père lui avait nommé un tuteur testamentaire. Nous avons déjà vu comment cette barrière légale était tournée par une *coemptio* fiduciaire et comment le subterfuge lui-même fut rendu superflu par un sénatus-consulte du temps d'Hadrien donnant aux femmes ingénues le droit de tester avec l'*auctorîtas* de leurs tuteurs[2]. A partir de là, toutes les femmes *sui juris* peuvent tester avec l'*auctoritas* de leurs tuteurs. Mais c'est loin d'être le dernier terme du mouvement. Le nivellement complet fut atteint par deux voies différentes. D'une part, quand une femme qui aurait dû tester avec l'*auctoritas tutoris* l'avait fait sans cette *auctoritas*, le préteur donnait néanmoins une *B. P. secundum tabulas* qui fut rendue *cum re*, au moins dans certains cas, par Antonin le Pieux[3]. D'autre part, la nécessité de l'*auctoritas* a disparu avec la tutellle pour les femmes de plus en plus nombreuses qui y ont été soustraites, comme étaient d'abord seulement les vestales[4], comme furent depuis l'Empire celles ayant le *jus liberorum*, comme elles ont été toutes depuis une époque indécise postérieure à Dioclétien (p. 227). Sous Justinien, les

1. Nous ne rattachons à la forme que les incapacités qui ont fini par disparaître avec elle. L'esclave, l'étranger, l'impubère étaient exclus par les formes du testament comitial ; l'esclave, l'étranger, le fils de famille l'étaient par celles du testament *per aes et libram* ; mais ils ont continué en dehors de là à l'être par des raisons de fond. Si l'incapacité du prodigue est justifiée par les formes du testament *per aes et libram*, il est pourtant resté incapable après leur disparition (p. 830, n. 7).

2. Cicéron, *Top.*, 4, 18. Gaius, 1, 115 *a*. Cf. p. 155, n. 3.

3. Gaius, 2, 118-122.

4. Aulu-Gelle, 1, 12, 9 : *Virgo autem Vestalis simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit et jus testamenti faciundi adipiscitur.*

femmes ont depuis longtemps une capacité de tester aussi complète que les hommes.

Les incapacités qui peuvent être rattachées aux formes du testament *per aes et libram* sont celles des sourds et des muets : ils étaient incapables en droit classique, les sourds parce qu'ils ne pouvaient entendre le *familiae emptor*, les muets parce qu'ils ne pouvaient *nuncupare* ; mais les uns et les autres peuvent tester à l'époque de Justinien[1] sauf pour les sourds-muets l'emploi de formes spéciales (p. 828, n. 3).

4. Le droit de tester est, en dehors de là, fermé, par des dispositions de la loi positive, à certaines personnes : à l'époque ancienne, aux *personae intestabiles* (p. 201) ; à l'époque intermédiaire, aux Latins Juniens (p. 129) ; à l'époque récente, à certains hérétiques et apostats[2].

SECTION III. — **Institution d'héritier ; capacité d'être institué.**

Le testament peut contenir des dispositions très diverses, ainsi, comme nous l'avons déjà vu, des affranchissements, des nominations de tuteurs, des légitimations ; ainsi, comme nous le verrons, des exhérédations, des legs, etc. Mais son contenu propre et indispensable est uniquement l'institution d'héritier[3]. Il ne peut y avoir d'institution d'héritier hors d'un testament. Il ne peut y avoir de testament sans institution d'héritier. Il n'y a pas de testament quand cette disposition ne s'y trouve pas. Il n'y en a pas davantage quand elle est faite au profit d'un incapable. La validité du testament implique donc : 1° la capacité de l'héritier institué ; 2° l'existence d'une institution d'héritier régulière.

§ 1. — Capacité d'être institué.

La *factio testamenti* passive, la capacité d'être institué, est exigée chez l'héritier, non pas seulement au moment de l'ouverture de la succession, mais à celui de la confection du testament[4] : c'est, dit-on, par une réminiscence du temps où le testament se faisait par *mancipatio familiae* et où l'*emptor familiae* devait au moment de la mancipation être capable d'acquérir ; mais le testament n'a pas gardé pour le surplus, dans ses règles, grande trace du régime de ce temps, qui aurait par exemple conduit à déclarer les personnes en puissance incapables d'être ins-

1. Ulpien, *Reg.*, 20, 13. *Inst.*, *h. t.*, 8.
2. *C.*, 1, 7, *De apostat.*, 2, 4. *C.*, 1, 5, *De haer.*, 4, 5.
3. Gaius, 2, 229 (*Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 34) : *Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.* Gaius, 2, 248 (*Inst.*, 2, 23, *De fideicomm.*, 2) : *Inutile est testamentum in quo nemo recto jure heres instituitur.*
4. *Inst.*, 2, 19, *De her. qual.*, 4 : *Id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat.*

tituées par leur *paterfamilias*. Les incapacités, qui se présentent plutôt comme le produit d'un développement indépendant, ont, suivant les diverses époques, atteint[1] :

1° A l'époque païenne, les *personae intestabiles* et, en droit chrétien, certains hérétiques et apostats, également privés par le droit positif de la *factio testamenti* active (p. 832) et de la *factio testamenti* passive.

2° A toute époque, les pérégrins, qui, n'ayant pas le *commercium*, n'ont, dit-on, pas plus la *testamenti factio* passive que la *testamenti factio* active. Seulement ici encore cela ne s'applique pas aux Latins ; les Latins Juniens eux-mêmes font l'objet d'une disposition spéciale qui est la preuve de leur *factio testamenti*[2].

3° Pendant une certaine période, les femmes, en vertu de la loi Voconia[3]. La loi Voconia, plébiscite de l'an 585 de Rome[4] dirigé contre le luxe et la dissipation, déclarait les femmes incapables d'être instituées par les citoyens appartenant à la première classe du cens, c'est-à-dire ayant une fortune de plus de 100.000 as lourds, ou de 100.000 sesterces (environ 22.000 francs)[5]. Elle était restreinte à ces hérédités, parce qu'elles étaient seules regardées comme assez importantes pour que leur attribution à des femmes dépensières pût avoir des inconvénients graves. Mais, quant aux femmes gratifiées, elle s'appliquait à toutes les femmes, à l'exception des vestales, donc, quoiqu'on l'ait contesté sans preuves, même à la femme et à la fille du testateur[6], et, dans la pensée de ses auteurs, elle devait sans doute aussi s'appliquer à tous les testateurs ayant la fortune visée. Seulement il paraît qu'elle ne visait textuellement que ceux qui avaient été recensés comme l'ayant[7]. Et, en partant de là, une interprétation restrictive en arriva à y soustraire ceux qui, ayant la

1. Il faut encore ici faire exception pour les testaments militaires dont les auteurs peuvent instituer, à moins de prohibition spéciale, même les personnes avec qui ils n'ont pas la *factio testamenti*, ainsi les pérégrins : Gaius, 2, 110. 111. *C.*, 6, 21, *De test. mil.*, 5.

2. Ulpien, *Reg.*, 22, 2 (pérégrins). 3 (Latins Juniens).

3. Il y a sur la loi Voconia une littérature abondante. Nous citerons, en dehors des monographies anciennes de Savigny, *Vermischte Schriften*, 1, 1850, p. 408 et ss., Giraud, *La loi Voconia*, 1841, et Vangerow, *Ueber die lex Voconia*, 1863, les études plus récentes de Hoelder, *Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts*, 1881, pp. 108-117 et de Kahn, *Zur Geschichte des römischen Frauenerbrechts*, 1884, pp. 25-26. 73-80.

4. Cicéron, *De senectute*, 5, 14 : *Caepione et Philippo iterum consulibus* (an 585 de Rome)... *cum ego quinque et sexaginta annos natus* (Caton l'Ancien né en 520) *legem Voconiam magna voce et bonis lateribus suasissem.*

5. Gaius, 2, 274. Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 41-43.

6. Augustin, *De civ. dei*, 3, 21, le dit positivement. Cicéron le suppose, *In Verr.*, 2, 1, 41, 104. 2, 1, 43, 111 (n. 7).

7. Gaius, 2, 274 : *Qui centum milia aeris census est.* Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 42, 107 : (*Voconius*) *sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret* ; 43, 111 : *Annaea... pecuniosa mulier, quod censa non erat, testamento fecit heredem filiam* ; 41, 104.

fortune, n'avaient pas été inscrits dans cette classe [1]. Cela eut, pensons-nous, pour résultat de faire la loi tomber en désuétude à mesure qu'on ne procéda plus au cens. L'exclusion est encore indiquée par Gaius parce qu'elle est toujours théoriquement en vigueur, comme par exemple l'affranchissement *censu* (p. 122, n. 2); mais elle était alors déjà, comme lui et pour la même raison, en désuétude pratique.

4° Les *personae incertae*. Les personnes incertaines, c'est-à-dire celles dont on considère que le testateur n'a pu se faire une idée concrète précise [2], comprennent, dans l'ancien droit, non seulement celles que l'avenir seul déterminera, mais les personnes morales et les postumes, c'est-à-dire les individus qui ne sont pas encore conçus au moment du testament [3]. Seulement des atténuations ont été admises pour les uns et les autres au cours du développement du droit. — Quant aux postumes, le droit civil arriva à permettre d'instituer valablement tous les postumes siens, c'est-à-dire tous les héritiers siens nés après le testament, dont il était d'autant plus dur d'empêcher l'institution que la survenance d'un héritier sien qui n'avait été ni institué ni exhérédé avait pour effet d'anéantir le testament (p. 870) et le droit prétorien accorda la *B. P. secundum tabulas* à tous les postumes, même aux autres postumes (*postumi alieni*) [4]. — Pour les personnes morales, la *testamenti factio* était refusée aux temples, aux cités et aux associations, et le droit païen n'a pas effacé la règle en principe. Il a seulement admis quelques exceptions résultant de faveurs faites par des sénatus-consultes ou des constitutions impériales à des personnes morales déterminées, ainsi à un certain nombre de divinités [5], qu'on remarque être à peu près toutes des divinités pérégrines, probablement parce que les anciens dieux du peuple étaient déjà pourvus de ressources suffisantes [6]. La plus générale est un sénatus-consulte autorisant les cités à être instituées par leurs affranchis [7]. Mais le droit chrétien alla beaucoup plus loin. Il permit d'instituer l'église et toutes les fondations pieuses, toutes les cités [8] et peut-être

1. C'est pour cela que, tout comme les auteurs des testaments cités par Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 43, 111 (p. 833, n. 7); 41, 104, Dasumius, qui a beaucoup plus du cens de la première classe, paraît instituer néanmoins dans son testament plusieurs personnes du sexe féminin et notamment sa fille (*Textes*, pp. 797-801).

2. Gaius, 2, 238 : *Incerta autem videtur persona quam per incertam opinionem animo suo testator subjicit.*

3. Personnes dont la détermination est laissée au hasard (*Quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto*) : Ulpien, *Reg.*, 22, 4 (au contraire l'institution portant *ex cognatis meis qui nunc sunt qui primus ad funus meum venerit* serait valable : Gaius, 2, 238). Postumes : Gaius, 2, 242. Cités : Ulpien, 22, 5. Pline, *Ep.*, 5, 7. Temples : Ulpien, 22, 6. Collèges : Dioclétien, *C.*, 6, 24, *De her. inst.*, 8.

4. Paul, *D.*, 37, 11, *De B. P. sec. tab.*, 3.

5. Ulpien, *Reg.*, 22, 6.

6. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 70, n. 1.

7. Ulpien, *Reg.*, 22, 5.

8. Eglise chrétienne : Constantin, *C.*, 1, 2, *De sacrosanct. eccl.*, 1. Fondations

même, depuis la constitution de Justinien sur les personnes incertaines, toutes les corporations. — Enfin on admet généralement que Justinien déclara valable l'institution des personnes incertaines encore incapables avant lui, c'est-à-dire principalement des personnes dont la détermination était laissée au hasard, à la seule condition que le choix eût été conscient et que la personne fût conçue au moment du décès [1].

La *factio testamenti* passive appartient à toutes les autres personnes et à leurs esclaves : ce point doit être souligné en particulier pour les esclaves qui peuvent être institués soit par leurs maîtres, soit par des tiers [2]. Quand ils sont institués par leurs maîtres, qui y trouvent notamment l'avantage d'avoir un héritier nécessaire qui ne pourra faire tomber les dispositions testamentaires en répudiant et sous le nom duquel les biens seront vendus si la succession est insolvable, l'institution d'héritier doit être accompagnée d'un affranchissement qui devait être exprès dans l'ancien droit [3], mais qu'une doctrine plus douce, déjà soutenue au premier siècle par le jurisconsulte Atilicinus et admise par Justinien, considère comme résultant implicitement de l'institution [4]. Si l'esclave reste jusqu'à l'ouverture de la succession sous la puissance de son maître, les deux dispositions produisent effet et il est héritier nécessaire ; si le maître l'a par la suite affranchi entre vifs, il reste héritier, mais comme un tiers quelconque, en qualité d'héritier volontaire et non pas d'héritier nécessaire ; enfin, si le maître l'a aliéné depuis, il a, par là, révoqué l'affranchissement, mais l'institution subsiste comme institution de l'esclave d'autrui [5]. En effet, si on ne peut affranchir l'esclave d'autrui, on peut, à condition d'avoir la *factio testamenti* avec le maître [6], gratifier cet esclave d'une institution, dont le bénéfice passe, jusqu'à l'ouverture de la succession, de main en main, avec lui (*hereditas ambulat cum dominio servi*) et qu'il acceptera, à ce moment, sur le *jussum* de son maître d'alors, s'il est encore en puissance, pour son propre compte, s'il est alors affranchi [7], système qui précisément donne

pieuses : *C.*, 1, 3, *De episcopis*, 48 (49), par ex. Cités : Léon, *C.*, 6, 24, *De her. inst.*, 12.

1. Cette constitution *de incertis personis* est perdue ; mais Justinien y fait allusion aux *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 27, et elle a été restituée en partie à l'aide des Basiliques, *C.*, 6, 48, *De incert. pers.*, 1.

2. Ulpien, 22, 7 : *Servos heredes instituere possumus : nostros cum libertate, alienos sine libertate.*

3. Ulpien, *Reg.*, 22, 12.

4. *Inst.*, 2, 14, *De her. inst.*, *pr.* Au reste exprès ou tacite, l'affranchissement est toujours nécessaire ; il n'y aurait donc pas institution valable, dit le même texte, au cas où l'affranchissement est impossible, ainsi à celui où la femme adultère institue son complice.

5. Gaius, 2, 188. *Inst.*, 2, 14, *De her. inst.*, 1.

6. Ulpien, *Reg.*, 22, 9.

7. Gaius, 2, 189. *Inst.*, 2, 14, *De her. inst.*, 1.

à l'institution de l'esclave d'autrui des avantages divers soit dans l'intérêt du maître, soit dans celui de l'esclave[1].

§ 2. — **Institution d'héritier.**

L'institution d'héritier peut se présenter sous des aspects très variés. Le testateur peut la faire purement et simplement ou sous une modalité. Il peut instituer un héritier unique ou en instituer plusieurs. Il peut en instituer plusieurs ou simultanément, ou successivement, à défaut les uns des autres (substitution vulgaire). Il peut de toutes ces façons instituer un ou plusieurs héritiers soit pour lui-même, soit pour ses enfants hors d'état de tester (substitution pupillaire, quasi-pupillaire). Nous verrons les règles les plus importantes en prenant les cas d'institution d'un héritier unique, de pluralité d'héritiers, de substitution vulgaire et de substitution pupillaire ou quasi-pupillaire.

I. Institution d'un héritier unique. — L'institution d'un héritier unique, minimum que le testament puisse contenir, est d'abord, quant à la forme, soumise à des règles qui n'ont d'ailleurs duré qu'un certain temps, qui ont à peu près disparu sous Justinien. Elle exigeait, comme toutes les manifestations de volonté, dans l'ancien droit, des termes sacramentels et l'emploi de la langue nationale latine. Gaius dit qu'elle ne peut être faite que dans la formule : *Titius heres esto* ou, en vertu d'une extension, dans la formule : *Titium heredem esse jubeo*, tandis que les formules : *Titium heredem esse volo*, *instituo*, *facio* ne seraient pas valables. Et Ulpien répète encore à peu près la même chose[3]. Mais cette exigence des termes sacramentels fut supprimée en 339 par les fils

1. L'esclave en retire un avantage de droit, s'il est affranchi avant que le moment ne vienne pour lui d'accepter la succession : c'est pour lui alors qu'il acquerra. Même en dehors de là, il en retire un avantage de fait : le sort de l'institution étant attaché à sa vie, tous ses maîtres successifs auront intérêt à son existence. Quant au maître, les avantages qu'il peut tirer de ce que l'institution a été adressée à son esclave plutôt qu'à lui sont multiples : institué personnellement, il ne pourrait pas en principe vendre son droit éventuel, au contraire, il est possible de vendre l'esclave et par conséquent le droit successoral éventuel qui lui est attaché ; institué personnellement, le maître, s'il vient à mourir avant d'avoir accepté, et à plus forte raison, s'il vient à mourir avant le testateur, ne transmet rien à ses héritiers ; au contraire, quand c'est l'esclave plus jeune que lui qui a été institué, il transmet avec ses autres biens à ses héritiers cet esclave et l'espérance successorale qui en dépend ; institué personnellement, le maître *infans*, *furiosus*, ne peut, dans l'ancien droit surtout, accepter qu'à la fin de l'*infantia*, qu'à son retour à la raison, tandis que l'hérédité déférée à son esclave peut être acceptée immédiatement par celui-ci *jussu tutoris*, *jussu curatoris*. — Nous nous bornons à l'hypothèse simple d'institution adressée à un esclave appartenant à un maître unique, vivant et capable. V. sur les difficultés soulevées par les hypothèses plus complexes où la propriété est divisée, où l'esclave appartient à un captif, à une hérédité jacente, Accarias, 1, n° 335.

2. *Inst.*, 2, 14 ; *D.*, 28, 5, *De heredibus instituendis*.

3. Gaius, 2, 116. 117. Ulpien, *Reg.*, 21, 1.

de Constantin, et celle de la langue latine le fut en 439 par Théodose II[1].

Au point de vue du fond, le testateur n'était pas non plus libre d'affecter ses dispositions des modalités qu'il voulait. Il pouvait apposer à l'institution une modalité, la condition suspensive, à laquelle on assimilait ici le terme incertain. Mais l'institution ne pouvait être faite ni sous un terme suspensif certain, ni sous un terme ou une condition résolutoire, ni pour un bien déterminé (*ex certa re*)[2] : pour le terme suspensif certain, en vertu de raisons obscures ; pour l'institution *ex certa re*, parce qu'elle violerait ordinairement la règle *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest*, parce que plus largement l'institution doit impliquer vocation à toute l'hérédité ; pour le terme et la condition résolutoires, parce que l'institution doit impliquer une vocation perpétuelle, que *semel heres semper heres*[3]. Seulement, quand une institution affectée d'une des modalités prohibées a été faite, on ne la considère pas pour cela comme nulle ; en partant de la faveur du testament, de l'idée que le testateur n'est plus là pour refaire la disposition, on la tient pour valable en effaçant la modalité.

A nous en tenir à la seule modalité licite, à la condition suspensive, elle soulève trois questions principales : celle de son effet, celle des cas où l'institution en est affectée et celle des circonstances dans lesquelles elle est considérée comme accomplie.

1. L'effet de la condition apposée à l'institution d'héritier est de retarder d'abord l'ouverture de la succession testamentaire, puis par contre-coup celle de la succession ab intestat. *a*) Si la condition est encore en suspens à la mort du testateur, l'institution d'héritier reste elle-même en suspens : l'héritier ne peut recueillir l'hérédité qu'après qu'elle se sera réalisée. Seulement le préteur a fini par venir à son aide en lui donnant à titre provisoire la *B. P. secundum tabulas*[4], en vertu de laquelle il pourra se mettre en possession des biens, les administrer, mais en donnant caution aux personnes appelées à son défaut[5] de restituer si la condition ne s'accomplit pas avant que son décès à lui-même le dépouille de la faculté d'accepter, par conséquent soit si elle fait défaut, soit si elle reste en suspens jusqu'à sa mort. *b*) Du même coup, la condition recule

1. *C.*, 6, 23, *De test.*, 15 (de 339) ; 21, 6 (de 439). Une constitution d'Alexandre Sévère semble l'avoir déjà permis en Egypte en 235 (*P. E. R.* de l'an 235 cité chez Mitteis, *Privatrecht*, 1, p. 282, n. 60).

2. *Inst.*, *h. t.*, 9 ; Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 4. Aucune de ces restrictions ne s'applique au militaire ; car il peut mourir partie testat, partie intestat (*D.*, 29, 1, *De test. mil.*, 6 ; 15, 4).

3. Cf. pour l'origine de cette formule, Gaius, *D.*, *h. t.*, 89 (88).

4. *D.*, 37, 11, *De B. P. S. T.*, 6 : *Hi demum sub condicione heredes instituti bonorum possessionem secundum tabulas etiam pendente condicione necdum impleta petere possunt, qui utiliter sunt instituti.*

5. *D.*, 2, 8, *Qui satisdare cog.*, 12. *D.*, 46, 5, *De stip. praet.*, 8. Les textes ne nomment expressément que les substitués. L'extension aux héritiers ab intestat est controversée comme en matière de *cautio Muciana* (p. 839, n. 4).

l'ouverture de la succession ab intestat ; car celle-ci ne s'ouvre que quand il est certain qu'il n'y a pas d'héritier testamentaire (p. 855, n. 5). Elle ne s'ouvrira qu'au moment où il sera sûr que l'institution conditionnelle ne produira pas effet, soit par suite de la défaillance de la condition, soit par suite de la mort de l'institué et c'est à ce moment qu'on se placera pour déterminer quels seront les plus proches héritiers ab intestat (p. 856, n. 1).

2. Mais, pour que ces deux effets se produisent, il faut qu'il y ait vraiment condition, c'est-à-dire un événement à la fois futur et incertain. Il faut que l'événement soit futur. S'il n'est pas futur (*Titius heres esto si Seius consul fuit, si rex Parthorum vivit*), il n'y a pas condition : on respecte bien la volonté du testateur, on exclut bien l'héritier testamentaire, quand le fait auquel est subordonnée sa vocation n'a pas eu lieu, mais il n'y a pas institution conditionnelle, il y a absence d'institution ; la succession ab intestat s'ouvre au décès, quel que soit le délai nécessaire pour la vérification du fait. Il faut que l'événement soit incertain. S'il doit nécessairement se réaliser (*Titius heres esto si caelum digito non tetigerit*), l'institution est pure et simple [1]. S'il doit nécessairement ne pas se réaliser (*Titius heres esto si caelum digito tetigerit*), on tient la condition pour non écrite, comme les modalités signalées plus haut, d'après une doctrine sabinienne qui a prévalu, et on applique même aussi cette solution à la condition immorale pour laquelle cela a plus d'inconvénient, parce qu'on peut craindre que cela ne porte le gratifié à l'exécuter [2].

En revanche ces deux éléments suffisent pour qu'il y ait condition.

La modalité peut valoir condition tout en se présentant sous l'aspect d'un terme ; car il n'y a pas d'expressions sacramentelles. C'est l'idée dont les Romains sont probablement partis pour décider en matière de terme incertain (*Titius heres esto cum Seius morietur*), que le terme incertain vaudrait condition dans les testaments (*dies incertus in testamento condicionem facit*). Cette disposition contient à leur avis implicitement condition que l'institué vivra à l'arrivée du terme. La modalité n'est pas effacée comme terme. Elle est respectée comme condition [3].

3. Reste à voir quand on considérera la condition comme accomplie. C'est une question qu'on doit trancher, disent les Romains, en s'occu-

1. *D.*, 28, 5, *De her. inst.*, 51 (50), 1.

2. *Inst.*, *h. t.*, 10. Gaius, 3, 98, signale la controverse en matière de legs et on a soutenu (Hoffmann, *Kritische Studien im römischen Recht*, 1885, p. 14) qu'elle ne se serait pas étendue aux institutions d'héritier. Cf. Ulpien, *D.*, 35, 1, *De cond. et dem.*, 3 : *Obtinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas*.

3. Papinien, *D.*, 35, 1, *De cond. et dem.*, 75. Cf., en sens divers, Bufnoir, *Condition*, pp. 9-14. Machelard, *Dissertations de droit romain*, 1882, pp. 542-587 ; Boistel, *R. gén.*, 1885, pp. 331-343. 401-421 ; Accarias, 1, n° 324, 3° ; v. le même, n° 325, sur quelques conditions qui annulent l'institution au lieu d'être effacées.

pant plus de la volonté du testateur que des termes qu'il a employés[1]. En partant de là on admet, quant au moment où elle doit se réaliser, qu'elle doit bien être accomplie après la mort du testateur, en vue d'accomplir sa volonté, si c'est un acte facile dépendant de la volonté de l'institué (*Titius heres esto, si in Capitolium ascenderit*), mais qu'il suffira, si c'est un fait accidentel, indépendant, plus rare (*si navis ex Asia venerit*), qu'elle ait été accomplie une fois du vivant ou après la mort du testateur[2]. On admet surtout, quant à la manière dont elle doit s'accomplir, qu'on pourra dans certains cas, bien qu'elle n'ait pas été accomplie en réalité, escompter son effet, admettre un équivalent. On a aussi admis ici, plus tôt qu'en matière d'actes entre vifs, que la condition sera réputée réalisée quand l'accomplissement en aura été empêché frauduleusement par celui qui avait intérêt à sa défaillance (p. 485, n. 3). Un texte va jusqu'à admettre que la condition consistant dans un fait à accomplir par l'héritier, par exemple dans son mariage avec une personne, pourra être réputée accomplie par cela seul qu'il aura fait son possible pour en atteindre la réalisation[3]. Enfin une règle qui serait plus importante que toutes les autres, mais qui ne paraît dater que de Justinien, a décidé, en partant d'une idée émise dès le temps de la République par le jurisconsulte Q. Mucius Scaevola, que l'héritier institué sous une condition potestative négative dont l'événement ne sera connu qu'à sa mort (*Titius heres esto si in Capitolium non ascenderit*) pourra accepter la succession en s'engageant à la rendre si la condition fait défaut (*cautio Muciana*)[4].

1. Papinien, *D.*, 35,1, *De cond. et dem.*, 101, *pr.* : ... *Cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat.*

2. Ulpien, *D.*, 35, 1, *De cond. et dem.*, 2.

3. *D.*, 28, 7, *De cond. inst.*, 23. Cf. Vangerow, 2, § 435, n. 2.

4. L'extension de cette règle des legs aux institutions d'héritier est placée au Digeste sous l'autorité de Gaius, *D.*, 35, 1, *De cond.*, 18 ; d'Ulpien, *D.*, 35, 1, *De cond.*, 7, *pr.* ; 1, et d'Ulpien, citant Julien, *D.*, 28, 7, *De cond. inst.*, 4, 1. Mais nous croyons, avec MM. Scialoja, *Bull. Ist. D. R.*, 11, 1900, pp. 265-280 ; Lévy, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 122-151, et H. Krueger, *Mélanges Girard*, 2, pp. 31-34 ; que ces textes sont interpolés. L'interpolation est établie par des particularités propres à chacun et elle est confirmée par l'observation qu'ils sont tous tirés de commentaires relatifs aux legs, tandis que si la *cautio Muciana* s'était appliquée aux institutions d'héritiers conditionnels, on n'aurait pas manqué d'en trouver des mentions dans les commentaires abondants relatifs à l'institution d'héritier. Cette interpolation enlève une forte part de leur intérêt aux observations relatives à la *cautio Muciana* en matière d'institution d'héritier qui ne valent plus en conséquence que pour le droit de Justinien, et même le plus souvent pour le droit de Justinien antérieur aux novelles : ainsi à l'observation que jusqu'aux novelles cette *cautio* était plus avantageuse que celle qui peut être donnée par tout héritier conditionnel pour obtenir la *B. P. secundum tabulas* (p. 837, n. 4) en ce que la *B. P.* donnée à l'héritier institué sous condition disparaît quand la condition fait défaut, tandis que l'administration de la *cautio Muciana* valant événement de la condition (*D.*, 28, 7, *De cond. inst.*, 4, 1), celui qui viole la condition après avoir fourni cette caution n'est tenu que de l'action personnelle avant les novelles (Windscheid, 3, § 554, n. 7 ; cf. Karlowa, 2, pp. 872-874) ; ainsi la discussion sur le point de savoir si l'héritier institué qui doit la *cautio Muciana* à ses cohé -

II. Pluralité d'institués.— Le testateur peut instituer plusieurs héritiers comme il peut adopter plusieurs enfants, laisser plusieurs héritiers ab intestat [1]. Cela se comprend très bien quand il a plusieurs enfants et qu'il fait un testament afin de pouvoir faire des legs, des nominations de tuteurs, des affranchissements testamentaires ou simplement pour ne pas mourir intestat ; cela se comprend aussi quand il n'a pas d'enfants et que, comme c'était encore plus l'usage à Rome que chez nous, il veut appeler à recueillir sa fortune plusieurs amis qui, en cas de concours, se partageront la succession tout en ayant chacun vocation au tout. Il peut les instituer soit pour des parts égales, soit pour des parts inégales : pour des parts égales, quand il institue plusieurs étrangers pour chacun desquels il a une égale affection [2], ou plus simplement quand, appelant à sa succession testamentaire les enfants qui étaient déjà appelés à sa succession ab intestat, il les y appelle pour les mêmes fractions ; pour parts inégales, encore parfois par désir de ne pas modifier les proportions légales, quand il appelle à sa succession des descendants à des degrés différents qui n'y auraient pas pris ab intestat les mêmes parts, ou bien encore dans l'intention de balancer par une allocation plus forte la contribution plus considérable fournie à son patrimoine par un fils âgé resté longtemps en puissance, mais bien plus souvent dans les institutions faites au profit d'étrangers en vertu d'habitudes nées de la fréquence des testaments, qui avaient familiarisé avec la pratique de doser les institutions d'héritiers selon l'affection pour les personnes [3].

ritiers appelés au tout à son défaut et à ses substitués la doit également, quand il est institué pour le tout à l'héritier ab intestat appelé à son défaut. V. pour la négative (qui paraît établie par Ulpien, *D.*, 28, 7, *De cond. inst.*, 4, 1) ; Bufnoir, *Condition*, p. 449 ; Vangerow, 2, § 435, pp. 127-131 ; Dernburg-Sokolowski, § 473, n. 4 ; en sens contraire Windscheid, 3, § 554, n. 8. Cf. la novelle 22, c. 44.

1. *Inst.*, 2, 14, *De her. inst.*, 4.

2. Testament de C. Longinus Castor, lignes 4-6, où il institue pour parts égales deux de ses femmes esclaves après les avoir affranchies (*Textes*, p. 803).

3. Nous pourrions citer, comme exemple de l'habitude romaine de fractionner ainsi l'hérédité entre les institués en des quantités de fractions inégales telles qu'on en trouverait seulement aujourd'hui dans la liquidation de successions déférées à des collatéraux éloignés, le testament déjà signalé, p. 824, n. 1, où Cicéron avait été témoin et dont il rapporte à Atticus les dispositions les concernant tous deux. Il semble, d'après le texte (*Ep. ad Att.*, 7, 2), qu'Atticus a été institué pour une unité, une *libra*, et Cicéron seulement pour le quart d'une pareille unité, pour un *teruncius*. Nous citerons comme autre exemple clair et concret, également pris dans la réalité, le testament de Virgile (Donatus, *Vita Virgilii*, 37). Il institue, pour moitié, Valerius Proculus, son frère de mère né d'un autre père, par conséquent son cognat ; pour un quart, Auguste ; pour un douzième, Mécène et pour deux autres douzièmes, deux amis qu'il chargea de surveiller les nouvelles éditions de ses ouvrages, L. Varius et Plotius Tucca : *Heredes fecit ex dimidia parte Valerium Proculum fratrem alio patre, ex quarta Augustum, ex duodecima Maecenatem, ex reliqua L. Varium et Plotium Tuccam.* Il faut presque réduire au même dénominateur pour voir que l'hérédité est épuisée, que Proculus prend 6/12, Auguste 3/12 et les trois autres 1/12 chacun.

Ces façons de procéder avaient introduit, pour la confection des testaments, certains usages dont le plus répandu était celui de la division de l'hérédité considérée comme unité (*as*,*libra*) en douze fractions (*unciae*) [1], dont on donnait une ou plusieurs à chaque héritier, en laissant implicitement par là même les fractions restantes à ceux qu'on avait institués sans indication de part [2]. Mais ce système n'était pas obligatoire [3] : on pouvait aussi diviser la succession en un nombre de fractions différent, et notamment quand le testateur avait laissé plus d'un as ou de douze onces, en instituant ensuite un ou plusieurs héritiers sans assignation de parts, sa succession était réputée se composer non pas d'un as de douze onces, mais d'autant d'as de douze onces qu'il fallait en supposer pour avoir toutes les fractions qu'il avait indiquées, en attribuant comme précédemment le reste du dernier as aux héritiers institués sans assignation de part [4].

La répartition est laissée à la volonté du testateur qu'on se borne à interpréter, le cas échéant, selon les usages romains. Seulement cela n'est vrai qu'à une condition, à la condition qu'à moins d'être militaire le testateur ne porte pas atteinte à la règle *Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest*, à condition qu'il ne laisse pas une fraction de l'hérédité à l'héritier ab intestat. Nous verrons que chaque héritier, quoique institué pour partie, a une vocation éventuelle au tout, pour le cas de défaut des autres, non pas seulement par interprétation de la volonté du défunt, mais en vertu de cette règle. Elle empêche également que les institutions puissent demeurer restreintes à une portion du patrimoine, soit parce que les fractions qu'a attribuées le testateur ne l'épuiseraient pas, soit parce qu'il n'aurait fait que des institutions *ex certis rebus*. Dans les deux cas, on corrigera le testament en tenant le plus de compte possible de la volonté du testateur, mais en maintenant avant tout le principe. Quand il n'y aura que des institutions *ex certis rebus*, on respectera la volonté du testateur en attribuant à chaque héritier le bien qui lui a été assigné ; mais on assurera l'épuisement de l'hérédité par les institués en partageant entre eux le reste pour parts égales [5].

1. *Inst.*, *h. t.*, 5 ; Ulpien, *D.*, 28, 5, *De her. inst.*, 51 (50), 2.
2. C'est ce qui a lieu dans le testament de Virgile où L. Varius et Plotius Tucca institué *ex reliqua parte* ont les 2/12 restants.
3. Ainsi il y avait évidemment une autre répartition dans le testament rapporté par Cicéron, *Ad Att.*, 7, 2 (p. 840, n. 3), où la *libra* n'est nécessairement qu'une fraction, puisqu'outre cette *libra* attribuée à Atticus, il y a une autre fraction attribuée à Cicéron.
4. *Inst.*, *h. t.*, 6 ; 8. Si par ex., le testament de Virgile, après avoir attribué 10 onces, avait appelé seul L. Varius sans assignation de part, il eût été héritier pour les 2 onces vacantes ; si, par ex., le testament rapporté par Cicéron à Atticus instituait à côté d'eux une troisième personne sans assignation de part, elle avait droit au reste de la *secunda libra*, à 9 onces.
5. Nous avons vu, p. 837, que, lorsque l'institution *ex certa re* s'adresse à un

Quand le système de la division de l'hérédité en un ou plusieurs as de douze onces amènera à reconnaître que le testateur n'a pas disposé de toute sa succession, on remettra les choses en ordre en disant que la succession, qui est en principe de 12, ou de 24, ou de 36 onces, peut être d'autant d'onces que l'a voulu le testateur, est d'autant d'onces qu'il a donné de parts, par exemple de 15 onces quand il a attribué 15 parts, de 10 onces, s'il en a attribué 10[1].

III. Substitution vulgaire. — L'institution de plusieurs héritiers est un premier moyen de diminuer ses chances de mourir intestat. La substitution vulgaire[2] en est un second. C'est littéralement une institution en sous-ordre. Elle est appelée vulgaire, par opposition à la substitution pupillaire, plus rare, plus anormale.

Dans sa forme la plus simple, elle appelle un individu à être héritier, si un autre ne l'est pas : *Si Titius heres non erit*, *Stichus heres esto*, ce que l'on peut continuer autant de fois qu'on veut, en ayant assez habituellement soin de mettre à la fin de la série des substitués un de ses propres esclaves, affranchi par le testament, qui sera ainsi héritier nécessaire[3]. Mais, à côté de cette forme simple, il y a des formes plus compliquées qui présentent des intérêts multiples en matière de dévolution et d'accroissement et qu'il suffira de signaler[4]. Nous nous bor-

héritier unique, on la tient pour pure et simple. Quand il y a plusieurs héritiers dont quelques-uns seulement sont institués *ex re certa*, une constitution de Justinien, *C.*, 6, 24, *De her. inst.*, 13, essaie d'exécuter la volonté du testateur, en traitant ces institués *ex certis rebus* comme des légataires des *certae res* ; mais pourtant si les autres venaient à faire défaut, leur qualité d'héritiers sortirait, croyons-nous, son effet, comme s'ils avaient été institués seuls *ex certis rebus*. Pour le cas où plusieurs héritiers sont institués tous *ex certis rebus*, la solution rapportée au texte résulte, croyons-nous, de *D.*, *h. t.*, 11 ; 35 ; 79 (78), *pr.* L'ouvrage le plus connu sur l'institution *ex re certa* est celui de Neuner, *Die heredis institutio ex re certa*, 1853. Cf. en outre Th. Mommsen, *Z. R. G.*, 7. 1868, pp. 314-318 (*Ges. Schr.*, pp. 194-198) ; Kuntze, *Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke*, 1874 ; F. Mancaleoni, *Appunti sulla institutio ex re*, 1902.

1. *Inst.*, *h. t.*, 7 ; 8. Si par ex. les deux derniers institués n'avaient pas figuré dans le testament de Virgile (p. 840, n. 3), on eût dit que l'hérédité, au lieu d'être de 12 onces, était seulement de 10 onces, dont Valerius Proculus eût pris 6, Auguste 3 et Mécène 1. Si le testament rapporté par Cicéron (p. 840, n. 3) n'instituait qu'Atticus et lui, Atticus avait droit à douze fractions et Cicéron à trois de l'hérédité divisée en 15 onces au lieu de 24.

2. *Inst.*, 2, 15, *De vulgari substitutione* ; *D.*, 28, 6, *De vulgari et pupillari substitutione*.

3. *Inst.*, *h. t.*, *pr.*

4. *Plures in locum unius* : *Si primus heres non erit*, *secundus*, *tertius*, *quartus heredes sunto*. Exemples, peut-être dans le testament de Dasumius, lignes 11 et ss., certainement dans celui de C. Longinus Castor, 1, lignes 10 et ss. — *Unus in locum plurium* : *si primus*, *secundus*, *tertius heredes non erunt*, *quartus heres esto*. Exemple probable dans le testament de Dasumius, ligne 13. — *Singuli singulis* : *Si primus heres non erit*, *Maevius heres esto* ; *si secundus heres non erit*, *Titius heres esto*. Exemple dans le testament de C. Longinus Castor, 1, lignes 10 et 12, où

nerons à remarquer que, la substitution vulgaire étant une institution conditionnelle, c'est par les règles des institutions conditionnelles qu'elle est régie, quant à ses conditions de validité, qui sont celles d'une institution d'héritier quelconque, comme quant à ses règles d'interprétation, qui sont celles de toutes les institutions conditionnelles.

En partant de la première idée, la substitution sera soumise à toutes les règles de forme et de fond déjà connues, quant à la forme du testament, quant à la capacité du testateur, quant à la capacité de l'institué, etc. Elle ne pourra notamment, comme l'institution principale, être contenue que dans un testament. En partant de la seconde, on interprétera la condition à laquelle elle est soumise comme toutes les conditions insérées dans les testaments plutôt selon l'intention probable du testateur que d'après les termes employés. C'est le fondement donné à la règle fort raisonnable selon laquelle le substitué appelé à défaut d'un autre substitué est par là même appelé à défaut de l'institué (*substitutus substituto, substitutus instituto*)[1] et à la règle beaucoup moins raisonnable posée par Tibère dans un cas concernant son esclave Parthenius, selon laquelle, lorsqu'un testateur a institué un esclave qu'il croyait libre, le substitué libre appelé à son défaut viendra concourir avec lui au lieu d'être primé par lui[2].

IV. Substitutions pupillaire et quasi-pupillaire. — Les substitutions pupillaire et quasi-pupillaire[3] sont encore des institutions conditionnelles et même des institutions conditionnelles faites pour écarter la succession ab intestat. Mais elles ne sont pas destinées à donner un héritier au testateur : elles sont destinées à en donner un à un tiers, à une des personnes en puissance, à l'un des descendants du testateur qui après la mort du testateur, ne pourra pas tester par suite de son âge ou de son état mental. Le testateur peut, après s'être choisi un héritier, en instituer un en sous-ordre à l'enfant, qui, devenu *sui juris* par sa mort, ne pourra pas tester avant la puberté, pour le cas où cet enfant mour-

chacune des deux femmes instituées a son ou ses substitués distincts. — Enfin substitution faite *invicem* des divers héritiers les uns aux autres. V. p. 897.

1. Julien, *D.*, *h. t.*, 27 ; cf. *D.*, *h. t.*, 41, *pr. Inst.*, *h. t.*, 3.

2. *Inst.*, *h. t.*, 4. C'est là un cas où, contrairement au principe général, le substitué concourt avec l'institué. Ce n'est pas le seul. Il en est de même, par ex., quand l'esclave commun étant institué, l'un des deux maîtres l'autorise à accepter et l'autre non ; là encore, le substitué prendra la moitié ainsi laissée vacante : *D.*, *h. t.*, 48, *pr*. V. aussi Gaius, 2, 177. 178 (cf. p. 885, n. 4). Il peut même arriver que le substitué prime l'institué : c'est ce qui arrive au cas où, le testateur insolvable ayant institué avec affranchissement un de ses esclaves et lui ayant substitué un tiers, l'institution est déclarée valable par exception à la règle de la loi Aelia Sentia, seulement lorsque c'est nécessaire pour empêcher le *de cujus* de mourir intestat, par conséquent si le tiers substitué n'est pas disposé à accepter : *D.*, 28, 5, *De her. inst.*, 58 (57).

3. *Inst.*, 2, 16, *De pupillari substitutione*. *D.*, 28, 6, *De vulgari et pupillari substitutione*.

rait avant la puberté, mourrait pupille, d'où le nom de substitution pupillaire. Et, à l'exemple de la substitution pupillaire, on a fini par permettre à l'ascendant d'instituer de même en sous-ordre un héritier au descendant qui, devenu *sui juris*, se trouvera empêché de tester par son état de démence. C'est la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire. Mais cette dernière est un produit du droit impérial récent qui n'a même acquis un caractère stable que sous Justinien. La première est au contraire une institution romaine très originale qui remonte à un passé reculé et qui a été le siège d'un développement juridique curieux.

1. *Substitution pupillaire*[1]. La substitution pupillaire est, dans sa physionomie du droit de Justinien et même du droit classique, une institution d'héritier faite par le père pour le compte de son fils, de laquelle les jurisconsultes disent expressément qu'elle appelle le substitué non pas à la succession du père, mais à celle du fils[2], qui en est si indépendante qu'il peut la faire en exhérédant l'enfant[3], par conséquent pour des biens qui ne viennent pas de lui, qu'il peut la faire en donnant au fils un autre héritier que celui qu'il s'est donné à lui-même. Elle apparaît là comme le droit positif du père de donner au fils un héritier testamentaire, comme un attribut dernier et très remarquable de la puissance paternelle se prolongeant dans son effet par delà la mort du père. Mais cela ne veut pas dire qu'elle ait toujours existé avec ce caractère, que ce singulier effet ait été considéré dès le principe comme impliqué par l'idée de *patria potestas*. L'institution développée présente au contraire des discordances qui montrent qu'elle n'a acquis cette portée que progressivement, par un travail d'interprétation, par une formation coutumière[4].

Il nous paraît à peu près sûr que le point de départ a été dans une substitution ordinaire. Le père instituait son fils, puis, comme le pourrait tout autre testateur, il lui donnait un substitué pour le cas où il mourrait *ante pubertatem* (*Titius filius meus heres esto*; *si Titius filius meus moritur antequam in suam tutelam venerit*, *Seius heres esto*)[5].

1. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 875-878.
2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10,5 : *Neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis.*
3. Gaius, 2, 182.
4. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* : *Moribus institutum est.* Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, *pr.* : *Moribus introductum est.*
5. L'existence de ce premier régime, où le père dispose seulement son hérédité à lui dans son testament à lui, est établie avant tout par des règles explicables seulement par cette idée et maintenues par la suite par routine, signalées p. 847, n. 1-4 ; on peut indiquer, dans le même sens, le langage de Javolenus, *D.*, 42, 5, *De reb.*, 28, défendant encore une solution repoussée (cf. *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 42, *pr.*) en disant qu'*hereditas et patris et filii una est*; les formules de substitution appelant le substitué pupillaire par les mots : *Tum ille mihi heres esto* (Cicéron, *De inv.*, 2, 42, 122. *De orat.*, 2, 32, 141 ; Julien, *D.*, 37, 11, *De B. P. S. T.*, 8, 1. Modestin, *D.*, *h. t.*, 1, 1. Cf. Papinien, *D.*, *h. t.*, 41, 8).

Même normalement, pour peu qu'il eût un peu de prudence, il devait prévoir à la fois le cas où son fils mourrait après avoir hérité de lui *ante pubertatem* et celui où il mourrait avant d'avoir hérité de lui : il appelait le substitué à la fois pour les deux hypothèses (*Titius filius meus mihi heres esto ; si filius meus mihi heres non erit sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerît*, ou, dans une formule plus archaïque, *si vivo me morietur sive post me prius morietur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto*)[1] : en sorte que le testament contenait une *substitutio duplex*, à la fois une substitution vulgaire pour le cas de prédécès de l'enfant et ce qu'on appela plus tard une substitution pupillaire pour le cas de sa mort *ante pubertatem*. Et l'usage de cette substitution double était si répandu dans les derniers temps de la République que dès le milieu du VII[e] siècle, on soutint, dans un procès célèbre, que la seconde substitution entraînait la première, que, quand un testateur avait appelé un héritier pour le cas où son fils mourrait *ante pubertatem*, il l'avait par là même appelé pour le cas où le fils mourrait avant lui[2].

Mais il faut remarquer que tout cela fonctionne d'après les principes du droit commun sur les substitutions[3]. Le père dispose de son hérédité dans son testament, à condition qu'il ait d'abord institué le fils auquel il donne un substitué[4]. C'est si bien le droit commun que la même chose pourrait être faite à condition d'employer une forme convenable, en dehors de toute idée de puissance, par une autre personne, par un ascendant maternel, par un étranger instituant l'enfant pour le cas où il arri-

1. Gaius, 2, 179 = *Inst.*, *h. t.*, *pr.*

2. Ce procès est la *causa Curiana* plaidée devant les centumvirs par Q. Mucius Scaevola et le célèbre orateur L. Licinius Crassus avant l'an 663 (où mourut Crassus et où Cicéron lui fait parler du procès dans le *De oratore* ; la date plus précise de 661, donnée par beaucoup d'auteurs, Dernburg, Windscheid, etc., ne repose que sur une combinaison défectueuse déjà réfutée par Teuffel, dans Pauly, *Realencyclopädie*, 4, 1846, p. 1061). Un certain Coponius avait institué son enfant postume pour le cas où il lui en naîtrait un et lui avait donné pour substitué pupillaire M'. Curius. Le fils attendu n'étant pas né, il s'éleva un procès entre les héritiers ab intestat de Coponius défendus par Q. Mucius Scaevola et M'. Curius ayant pour avocat L. Licinius Crassus, précisément sur le point de savoir si la substitution pupillaire faite au profit de Curius entraînait substitution vulgaire (Cicéron, *De orat.*, 1, 39, 180. 2, 32, 140-141. *Brut.*, 52, 194-198. *De inv.*, 2, 42, 122. *Pro Caecina*, 18, 53. 24, 67). La doctrine de Crassus paraît avoir triomphé dès alors d'après Quintilien, *Inst. or.*, 7, 6, 9, 10. C'est, en tout cas, celle qui a prévalu à l'époque classique (Modestin, *D.*, *h. t.*, 4, *pr.*).

3. On a objecté que cette solution serait contraire à la règle *semel heres semper heres*. Mais la contradiction n'existe que si on considère le substitué pupillaire comme héritier du père seulement à partir de la mort du fils et le fils comme héritier jusque-là. Elle disparaît, si on admet avec M. Karlowa qu'à l'époque ancienne on a considéré le fils comme n'acquérant vraiment l'hérédité qu'au moment de sa puberté et par conséquent le substitué comme étant, au cas contraire, le premier héritier du père. C'est l'intérêt qu'il y a à remarquer que la formule de *substitutio duplex* indiquée par nous en premier lieu n'est pas sans doute la plus ancienne.

4. Julien, chez Africain, *D.*, *h. t.*, 33.

verait à la puberté et lui donnant un substitué, soit par substitution simple, soit par substitution double.

Seulement ce droit commun entraînait des conséquences qui n'étaient peut-être pas considérées anciennement comme des inconvénients, mais qui furent par la suite senties plus vivement. La nécessité imposée par là au père d'instituer le fils pour lui donner un substitué était plutôt un avantage. Mais peut-être les actes faits par le tuteur avant la mort de l'enfant institué sous condition qu'il vivrait auraient-ils dû être tenus pour nuls quand il mourait [1]. En outre, et c'est sur ce point que paraît s'être surtout portée l'attention, le substitué n'aurait pas dû recueillir les biens acquis par le fils, par exemple par succession, entre la mort du père et son propre décès.

Cicéron nous apprend que la question était discutée de son temps [2]. Mais on arriva vite à décider que le substitué avait droit à tous les biens du pupille sans distinction d'origine. Et, quand cela eut été admis, on ne fut pas long non plus à déduire d'autres conséquences de la doctrine que cela impliquait, ainsi à dire que le père n'était pas obligé d'instituer son fils pour lui donner un héritier [3], à dire encore que le testament du père instituant un héritier pour lui et un héritier pour son fils réglait deux hérédités [4], à dire enfin, quoique avec plus d'hésitation, qu'il y avait là deux testaments et non pas un seul [5]. Il ne s'agit plus là évidemment du droit commun des substitutions, mais d'une formation juridique originale, d'idées théoriques nouvelles.

Seulement ces idées théoriques ne sont jamais arrivées à un épanouissement complet ; sous l'influence de l'ancien principe, elles sont toujours restées contrariées par certaines solutions concrètes. Ainsi, en partant de la dualité d'hérédités, on aurait dû dire que, quand l'héritier institué et substitué était le même, le parti qu'il prenait sur une des hérédités ne l'engageait pas par rapport à l'autre, que la qualité en laquelle il prenait l'une n'influait pas sur celle en laquelle il prenait l'autre. Au lieu de cela, on a toujours continué à admettre qu'en acceptant ou répudiant l'hérédité du père, il s'enlève le droit de faire différemment

1. M. Karlowa, p. 876, repousse cette conséquence ; mais, comme M. Pietak, *Archiv.*, 68, 1875, p. 383, nous la croyons forcée.

2. Cicéron, *De inv.*, 2, 21, 62-64.

3. Gaius, 2, 182.

4. Gaius, 2, 180 (n. 5). Ulpien, *D.*, 18, 4, *De H. v. A. vend.*, 2, 2 : *Alia atque alia hereditas est.*

5. Gaius, 2, 180 : *Quamobrem duo quodammodo sunt testamenta : aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset ; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.* Ulpien se prononce nettement pour l'unité de testament, *D.*, *h. t.*, 2, 4 ; *D.*, 18, 4, *De H. v. A. vend.*, 2, 2. Mais le langage de Gaius est d'autant plus remarquable que l'idée d'unité de testament paraît avoir été particulièrement une idée sabinienne. V. Javolenus, *D.*, 42, 5, *De reb. auct. jud.*, 28 : *Me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis* (*Javoleni*) *placet unum esse testamentum.*

pour celle du fils [1], que l'esclave héritier nécessaire du père l'est aussi du fils [2]. En partant de l'idée de dualité des testaments, ont eût dû dire que le père peut faire l'un sans l'autre, sans que le sort de l'un ait d'influence sur le sort de l'autre. Au lieu de cela, le père ne peut faire le testament du fils qu'à condition de faire le sien [3], et, si le testament du père reste sans effet, celui du fils n'en produira pas non plus [4]. Le développement n'a été plus étendu qu'au cas où le père était un militaire [5].

2. *Substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.* Il n'y a pas que l'âge qui empêche de faire un testament. Il en est de même de la folie, surtout quand elle est continue. Avant Justinien, des décisions isolées des empereurs ont permis à des ascendants de nommer des héritiers testamentaires à leurs descendants atteints d'aliénation mentale. Justinien décida que l'ascendant d'un *mente captus* pourrait faire le testament de ce dernier pour le cas où il mourrait avant de revenir à la raison. C'est la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire, faite alors pour l'aliéné comme s'il était pupille, admise pour lui à l'exemple de celle faite pour le pupille. Elle en diffère cependant sous plusieurs rapports : le droit

1 Neratius, *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 59. Ulpien, *D.*, 28, 6, *De subst.*, 10, 3. Justinien, *C.*, 6, 30, *De jure delib.*, 20 ; sur des indices de tendances divergentes d'Ulpien et Modestin, cf. Accarias, 1, p. 998.

2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, 4.

3. Modestin, *D.*, *h. t.*, 1, 3 : *Substituere liberis pater non potest nisi si heredem sibi instituerit.* On lui permet seulement de le faire dans des *secundea tabulae* qui resteront fermées quand les *primae* seront ouvertes (Gaius, 2, 181, où il indique aussi des précautions pour que l'ouverture prématurée de tablettes contenant la substitution vulgaire ne donne pas à soupçonner le contenu de celles contenant la substitution pupillaire) ou même dans un acte distinct qui devra alors satisfaire à toutes les conditions de forme des testaments (Pomponius, *D.*, *h. t.*, 16,1) ; mais il faut toujours qu'il institue d'abord un héritier pour lui-même (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, 4).

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 10, 4 : *Nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas.* Il serait facile de citer encore d'autres vestiges de l'idée ancienne selon laquelle c'est le père qui teste sur son hérédité. Ainsi la solution selon laquelle il n'est pas obligé de gratifier les personnes auxquelles, comme à la mère, le fils doit une légitime, d'après la théorie de la *querela inofficiosi testamenti* (*D.*, 5, 2, *De inoff.*, 8, 5). Ainsi les règles sur la *diei cessio* en matière de legs mis à la charge du substitué (*D.*, 36, 2, *Quando dies*, 1, etc.).

5. Le militaire seul peut faire un testament pour son fils sans en faire pour lui-même et par conséquent aussi, quand il en a fait un pour lui, la répudiation de son hérédité n'a pas d'influence sur l'hérédité du fils, *D.*, 29, 1, *De test. mil.*, 41, 5. Il y a donc là vraiment deux testaments et deux hérédités. En outre, on lui permet de donner un substitué même à son fils émancipé (*D.*, 29, 1, *De test. mil.*, 41, 4) et même pour le cas où il mourrait après la puberté, avant l'âge de vingt-cinq ans par exemple (*D.*, 28, 6, *De subst.*, 15). Mais cela ne lui est permis que pour les biens qu'il aura lui-même laissés au fils, en sorte que c'est une simple application de la décision déjà connue (p. 837, n. 2) selon laquelle la règle *semel heres semper heres* ne s'applique pas aux militaires. Cette règle empêcherait un particulier d'instituer un enfant purement et une autre personne pour le cas où cet enfant mourrait *ante pubertatem* (Gaius, 2, 184). Mais on pourrait atteindre le but, soit, comme l'indique Julien, chez Africain, *D.*, *h. t.*, 33, en instituant l'enfant seulement pour le cas où il arriverait à la puberté, soit comme indique Gaius, 2, 184, en le grevant d'un fidéicommis.

de la faire, étant basé sur l'affection et non sur la puissance, appartient à tous les ascendants, sans du reste que Justinien dise comment se réglera la préférence au cas de concours ; en revanche, celui qui fait le testament de l'aliéné est obligé d'observer certaines règles dans le choix des héritiers : il doit appeler les descendants, et à leur défaut les frères et sœurs de l'aliéné, c'est-à-dire les parents au profit desquels celui-ci aurait probablement testé ; ce n'est qu'en l'absence de pareils parents qu'il peut faire son choix librement ; enfin le droit de désigner un héritier à l'aliéné n'appartient aux ascendants qu'à condition qu'ils lui aient laissé sa légitime[1].

SECTION IV. — Causes de nullité.

Pour qu'un testament produise effet, il ne suffit pas qu'il ait été valablement fait dans le principe. Il faut qu'entre ce moment et la mort du disposant, il n'ait pas été invalidé, infirmé par quelque événement[2]. Un testament est nul dès le principe (*injustum, non jure factum*), lorsqu'il manque, dès sa confection, d'un élément essentiel, ainsi, comme nous avons vu, quand il n'a pas été fait dans les formes légales, quand il n'a pas été fait par un testateur capable, quand il ne contient pas l'institution régulière d'un héritier capable, même, comme nous verrons, quand le testateur y a omis un *suus heres*, ne l'a pas régulièrement institué ou exhérédé. Quand ces conditions sont réunies, il est valable (*justum, jure factum*). Mais il peut être invalidé (*infirmari*) par un fait postérieur. Suivant une terminologie, technique au moins pour certains jurisconsultes, il peut être rompu (*ruptum*) par la survenance d'un héritier sien ou par révocation ; il peut devenir inutile (*irritum*) par la *capitis deminutio* du testateur[3]. La rupture résultant de la survenance d'un héritier sien sera étudiée avec l'exigence de l'institution ou de l'exhérédation de ces héritiers. Il n'y a donc à examiner ici que la révocation du testament et son annulation résultant de la *capitis deminutio* du testateur.

§ 1. — Révocation du testament.

Le testament, à la différence des actes entre vifs, n'est guère qu'un projet qui deviendra définitif seulement par la mort de son auteur. Il ne

1. *Inst.*, *h. t.*, 1 ; *C.*, 6, 26, *De impub. et aliis subst.*, 9.
2. *Inst.*, 2, 16, *Quibus modis testamenta infirmantur* ; *D.*, 28, 3, *De injusto rupto irrito facto testamento*.
3. Pour signaler tout de suite le dernier élément de cette terminologie, le testament, *injustum*, quand il est nul *ab initio*, *irritum*, quand il est annulé après coup par la *capitis deminutio* du testateur, *ruptum*, au cas de révocation ou de survenance d'un héritier sien, est *destitutum*, *desertum*, quand l'hérédité qu'il défère n'est recueillie par aucun des héritiers institués, soit parce qu'ils l'ont répudiée, soit parce qu'ils sont morts ou devenus incapables avant de l'avoir acceptée.

confère auparavant à l'appelé aucun droit. Il est, dit-on toujours, essentiellement révocable[1]. Et c'est en effet la vérité depuis le moment où il a pris sa forme historique des derniers siècles de la République[2]. Seulement cela ne veut pas dire que la révocation ait pu être faite par une manifestation de volonté quelconque, en dehors de toute forme[3]. Pour savoir comment elle doit être faite, il faut distinguer le droit civil pur, le droit prétorien, le droit impérial récent.

I. Droit civil. — Le droit civil connaît un procédé de révocation du testament et n'en connaît qu'un. C'est la confection d'un testament nouveau. Pour ne pas remonter plus haut dans le passé[4], le testament *per aes et libram*, fait d'une mancipation et d'une *nuncupatio*, ne peut être révoqué que par un nouveau testament. Une manifestation de volonté dont l'effet juridique a été produit par l'emploi de certaines formes ne pouvant être anéantie que par un nouvel emploi des mêmes formes, il faudra un nouveau testament pour révoquer le testament antérieur et même, à l'inverse, un testament statuant nécessairement sur toute l'hérédité, ce nouveau testament révoquera forcément le premier[5].

Il y a là deux règles distinctes, mais inséparables, un effet positif et un effet négatif qui ne peuvent se produire l'un sans l'autre : on ne peut pas révoquer son ancien testament sans en faire un nouveau et on ne peut pas en faire un nouveau sans révoquer l'ancien. Et chacune des deux règles a ses conséquences propres. De la première il résulte : que l'on aura les mêmes difficultés pour défaire son testament que pour le faire ; que, pour révoquer le premier testament, il faudra nécessairement faire une institution d'héritier nouvelle ; que, pour changer la disposition la plus minime, il faudra nécessairement supprimer intégralement toutes les autres. De la seconde, il résulte : qu'un testateur ne pourrait pas dans son testament nouveau déclarer maintenir le premier pour le surplus ; qu'il ne pourrait pas, après avoir, dans le premier, institué un héritier pour moitié, en instituer, dans le second, un autre pour l'autre moitié : la première restriction était non avenue, la seconde le serait éga-

1. Ulpien, *D.*, 34, 4, *De adim leg.*, 4 : *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*. Hermogénien, *D.*, 32, *De leg.*, *III*, 22 : *Nemo eam sibi potest legem dicere ut a priore ei recedere non liceat*. Le testateur ne pourrait pas même entraver sa faculté de révoquer en promettant une *poena* à l'institué pour le cas de révocation.

2. Le testament *per aes et libram* était irrévocable, comme toute aliénation, à l'époque où il se réalisait par une *mancipatio* faite à l'héritier (p. 820). Auparavant le testament comitial n'a pu être révoqué qu'avec l'assentiment du peuple, tant qu'il a exigé l'assentiment du peuple pour sa confection, donc jusqu'aux XII Tables (p. 817).

3. *Inst.*, *h. t.*, 7 (6) : *Ex eo solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere* ; Gaius, 2, 151 (p. 850, n. 4).

4. Il en a sans doute été de même du testament comitial depuis que les curies y jouèrent seulement le rôle de témoins et peut-être dès auparavant.

5. Gaius, 2, 144 : *Posteriore testamento quod jure factum est superius rumpitur.*

lement ; qu'il ne pourrait pas dans le second instituer un héritier *ex certa re* : la modalité serait effacée.

Ce sont là des applications du formalisme qui, comme celles que nous avons vues ailleurs, par exemple en matière de contrats, ont à la fois leur avantage et leur inconvénient. L'avantage, c'est que la volonté du testateur sera rendue plus claire pour lui-même et pour les autres : obligé de refaire son testament tout entier, il se rendra mieux compte de ce qu'il y met ; n'ayant jamais à statuer que sur un testament, les tribunaux auront aussi plus de facilité à l'interpréter, n'auront pas à chercher si une conciliation est possible entre les dispositions successives de testaments multiples [1]. L'inconvénient corrélatif est que, la révocation étant beaucoup moins une question de volonté qu'une question de formes, elle dépendra plus des formes que de la volonté. Elle pourra ne pas exister, malgré l'intention visible du testateur, s'il n'a pas fait de testament, ou ne l'a pas fait dans les formes régulières [2]. A l'inverse, elle pourra exister, quand il ne l'aurait peut-être pas voulu : le second testament était régulier ; mais il n'a pas donné d'héritier, parce que l'institué est devenu incapable ou est mort avant le testateur ; peut-être le testateur aurait-il voulu que le premier testament revive ; peu importe, il est définitivement révoqué [3]. Enfin ce système rend impossible, quand on a testé une première fois, de déclarer vouloir revenir à la succession ab intestat.

II. Droit prétorien. — Le préteur donne la *B. P. secundum tabulas* lorsque et seulement lorsqu'il existe un testament régulièrement écrit et cacheté. En partant de là :

1° Il admet que le testament sera révoqué si le testateur a détruit le testament, en a rompu les cachets ou y a effacé l'institution d'héritier, bien qu'il n'ait pas fait un testament nouveau [4]. Le testament reste

1. On peut ajouter qu'à l'époque où le testament se faisait par une loi, cela eût eu l'avantage de faire connaître au peuple l'ensemble des dispositions, d'empêcher de le tromper par des séries de testaments successifs.
2. *Inst.*, *h. t.*, 7 (6).
3. Gaius, 2, 144.
4. On présentait en général autrefois cette cause de révocation comme déjà admise par le droit civil, parce que, dans les textes du Digeste, la distinction des successions civile et prétorienne n'est pas toujours très fortement soulignée. Mais le texte aujourd'hui certain de Gaius, 2, 151, dit positivement que le testament reste valable *jure civili* : *Apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum quod postea testator id noluit valere, usque adeo, ut si linum ejus inciderit nihilo minus jure civili valeat. Quinetiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti, ni(hil)ominus (non) desinent valere (quae) ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio diffi(cilis) sit.* V. P. Krueger, *Kritische Versuche*, 1870, pp. 1-15 ; contre les tentatives faites par M. Schirmer, *Z. S. St.*, 7, 1, 1886, pp. 1-15 ; 8, 1887, pp. 99-108, pour maintenir l'ancienne interprétation en lisant contrairement au texte *nisi deleverit*, v. la réfutation décisive du même, *Z. S. St.*, 7, 2, 1886, pp. 91-94 ; 8, 1887, p. 109.

valable *jure civili* ; le préteur n'accordera pas la *B. P. secundum tabulas* en vertu de ce testament qui n'est plus valable comme testament prétorien : il accordera la *B. P.* ab intestat aux héritiers ab intestat parce que la volonté du défunt n'existe plus en faveur des héritiers institués (*non habent voluntatem*). Et cette *B. P.*, qui d'abord ne protégeait pas l'héritier ab intestat contre la pétition d'hérédité de l'héritier testamentaire, toujours héritier civil, qui était d'abord *sine re*, a été rendue *cum re*, a été protégée par une exception de dol contre la pétition d'hérédité de l'héritier testamentaire, sans doute dès avant le temps de Gaius [1]. Par conséquent, il est possible désormais de revenir à la succession ab intestat.

2° Il admet que, si telle a été l'intention du testateur, la révocation du testament ainsi faite pourra faire revivre le premier ; que, quand le testateur aura détruit les secondes tablettes pour rendre la vie aux premières [2], l'institué du premier testament prétorien régulier pourra demander une *B. P. secundum tabulas*, qui seulement paraît être devenue *cum re* plus difficilement, qui ne l'est pas encore en face de tout le monde au temps de Gaius [3].

III. Droit impérial. — En somme, le droit prétorien permettait de révoquer le testament pour retourner à la succession ab intestat ou à un testament antérieur. Le droit impérial, qui ajouta de nouveaux procédés de révocation, admit en outre la possibilité pratique de faire un nouveau testament sans révoquer l'ancien.

Quant aux causes nouvelles de révocation, une constitution de Théodose II et d'Honorius décida, en 418, qu'au bout de dix ans les testaments seraient périmés [4] et, tout en écartant cette révocation de plein droit, Justinien a décidé qu'au bout de ce délai, le testament pourrait être ré-

1. Gaius le disait probablement dans la suite du texte, 2, 151 *a*, qui est seulement déchiffré en partie et où il parlait même peut-être de moyens pris par le droit impérial pour enlever la succession à l'héritier testamentaire au profit du trésor à défaut d'héritier ab intestat (cf. Papinien, *D.*, 34, 9, *De his quae ut indign.*, 12). C'est également dit par Ulpien, *D.*, 38, 6, *Si tab. test nullae extabunt*, 1, 8 : *Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae vel quia cancellatae vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt*, et *D.*, 44, 4, *De de m. exerc.*, 4, 10 : *Heres qui non habet voluntatem per exceptionem doli repetitur*. La doctrine de M. Krueger, selon laquelle la même efficacité appartiendrait à une révocation sans forme, nous semble plus aventureuse.

2. Papinien, *D.*, 37, 11, *De B. P. sec. tab.*, 11, 2 : *Voluntas... redisse intellegetur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret.*

3. Gaius, 2, 148. 149, dit en effet qu'elle est *cum re*, si l'héritier institué du premier testament est l'héritier ab intestat. Elle ne l'est donc pas quand il est un étranger.

4. *C., Th.*, 4, 4, *De test.*, 6.

voqué par une déclaration faite devant trois témoins ou devant l'autorité publique (*apud acta*)[1]; une autre constitution de Théodose II et de Valentinien décida en 439 que le testament inachevé (*imperfectum*) pourrait révoquer un testament antérieur, pourvu qu'il appelât à la succession les héritiers ab intestat et que l'existence en fût attestée par cinq témoins[2].

D'autre part, l'institution des codicilles avait depuis longtemps permis, dans des conditions que nous verrons, de changer un legs, d'en ajouter un ou d'en révoquer un sans faire un nouveau testament. De plus, en partant de la théorie des fidéicommis, un rescrit de Sévère et Caracalla décida que, si l'héritier du second testament était seulement institué *ex certa re*, ou, a-t-on dit plus largement, pour une partie, le premier testament serait bien rompu, mais l'héritier du second serait considéré comme grevé d'un fidéicommis du surplus au profit de l'héritier de ce premier testament[3]. Cela revient à dire qu'on peut désormais, pratiquement, en vertu des théories des codicilles et des fidéicommis, faire de nouvelles dispositions testamentaires sans révoquer les premières, produire l'effet positif sans l'effet négatif, de même que les modes de révocation du droit prétorien et du droit impérial récent permettaient de produire l'effet négatif sans l'effet positif, de révoquer le testament sans en faire un nouveau[4].

§ 2. — *Capitis deminutio* du testateur.

Le testament est rendu *irritum* par la *capitis deminutio maxima*, *media* ou *minima* du testateur[5]. Il y a seulement une exception à faire

1. *C.*, 6, 23, *De test.*, 27, 2.

2. Cela n'aurait pas empêché le testament ancien de rester valable d'après le droit civil nouveau et même d'après le droit prétorien, encore confirmés par un sénatus-consulte rendu sous Pertinax (*Inst.*, *h. t.*, 7). Mais la constitution, se plaçant en face du mode de confection nouveau où les cachets et les *subscriptiones* se mettent à la fin du testament, décide que le testament, où ils ne se trouvent pas (*Nov. Theod. II*, 16, 5 = *C.*, 6, 23, *De test.*, 21, 2 *a* : *Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus. Non subscriptum namque a testibus ac signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit*) révoquera le testament antérieur, pourvu que le nouvel institué soit l'héritier ab intestat (*Nov. Theod. II*, 16, 7 = *C.*, 6, 23, *De test.*, 21, 5). On a rapporté à cela, en l'insérant au Digeste et peut-être en l'interpolant, le texte d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2 (Lenel, 2439), où les mots *non perfecto* désignaient primitivement le testament prétorien qui n'est pas *rite perfectum* faute de *mancipatio familiae* ou de *nuncupatio*.

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 12, 1 (institution d'un nouvel héritier avec fidéicommis, *ut priores tabulae valerent*). *Inst.*, *h. t.*, 3. Marcien, *D.*, 36, 1, *Ad S. C. Trebell.*, 30 (29) (*institutio ex certa re*). On discute sur le dernier texte, qui rapporte le rescrit de Sévère et Caracalla, si le fidéicommis résulte de l'institution du second héritier *ex re certa* ou s'il n'exige pas en outre une clause expresse *ut priores tabulae valeant* dont pourtant le rescrit ne parle pas.

4. Ici encore on remarquera que tout cela était permis depuis longtemps aux militaires (*D.*, 29, 1, *De test. mil.*, 15, 1 ; 19, *pr.* ; 36, 1).

5. Gaius, 2, 145 : *Testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is qui fecerit tes-*

pour la *capitis deminutio* du prisonnier de guerre, qui ne rendra jamais son testament *irritum*, parce que, s'il revient à Rome, il sera réputé n'avoir jamais été captif en vertu du *postliminium* et que, s'il ne revient pas, il sera réputé mort avant sa *capitis deminutio* en vertu de la loi Cornelia (p. 196, n. 3). En dehors de là, le testament sera rendu nul par la perte de la liberté, de la cité ou de la qualité de *sui juris*, comme il eût été nul, dès le début, s'il avait été fait par un esclave, un étranger ou un fils de famille.

La seule question est de savoir ce qui arrivera si le testateur recouvre la capacité avant de mourir. Cela n'empêche pas le testament de rester nul d'après le droit civil. Mais le droit prétorien a encore ici atténué la rigueur des principes. Le testament ne renaîtra pas, même *jure praetorio*, si la *capitis deminutio* a résulté d'un acte volontaire du testateur, par exemple de son adrogation, à moins qu'il n'ait, depuis son retour à la capacité, manifesté son intention de le faire revivre. Mais, s'il a manifesté l'intention de le faire revivre ou si la *capitis deminutio* s'était produite en dehors de sa volonté, le testament renaîtra, *jure praetorio*, après le retour de la capacité. Il fondera au profit de l'institué à l'encontre de l'héritier ab intestat une *B. P.*, qui à la vérité a été longtemps *sine re*, qui l'était encore à l'époque de Gaius et d'Ulpien, mais qui sans doute est devenue elle-même *cum re* après eux [1].

§ 3. — **De la survenance d'une incapacité chez l'institué.**

On pourrait songer à une dernière cause de nullité du testament valablement fait. Ne deviendra-t-il pas nul quand l'héritier institué deviendra incapable après sa confection, quand il deviendra pérégrin, esclave d'un pérégrin, esclave sans maître ? Il n'en est rien. Le droit civil lui-même décide, de toute antiquité, que peu importent les incapacités survenues chez l'institué entre le moment de la confection du testament et celui de l'ouverture de la succession à son profit, pourvu que l'héritier institué ait recouvré sa capacité à ce dernier moment. Il suffit de la capacité aux deux moments (*Media tempora non nocent*) [2].

tamentum capite deminutus sit. 146 : *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicemus. Inst., h. t.*, 4.

1. Elle n'est *cum re* que quand elle existe au profit de l'héritier ab intestat à l'époque de Gaius, 2, 148. 149, et même d'Ulpien, *Reg.*, 23, 6. *D.*, *h. t.*, 12, *pr.* Mais elle l'est sans doute devenue partout après eux et l'insertion au Digeste du texte d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 12, *pr.*, doit s'expliquer par une inadvertance. Cf. en ce sens Windscheid, 2, § 563, n. 7.

2. Celse, *D.*, 28, 5, *De her. inst.*, 60 (59), 4.

SECTION V. — Ouverture du testament.

L'ouverture du testament est en pratique le préliminaire à peu près indispensable de son exécution, depuis qu'il est consigné sur des tablettes présentées par le testateur aux témoins, au *libripens* et au *familiae emptor*. Cependant, elle a commencé par n'être soumise à aucune forme, par être un acte purement privé. Mais elle fut, en l'an 6 après J.-C., érigée en acte juridique par la loi Julia vicesimaria d'Auguste qui établit un impôt général de 5 0/0 (*vicesima hereditatium*) sur les successions [1], et qui soumit dans un but de contrôle l'ouverture du testament à des formalités précises [2]. Elle a lieu en public [3], probablement au bureau même de la perception de l'impôt [4], en présence des témoins ou de la majorité d'entre eux [5], normalement dans un délai de trois ou cinq jours après le décès du testateur [6]. Le testament était d'abord présenté aux témoins pour qu'ils reconnussent leurs cachets, puis on l'ouvrait, on le lisait (*recitare*), on en prenait une copie qui était déposée dans les archives locales [7] et on dressait un procès-verbal du tout [8].

1. Dion Cassius, 55, 25. Cf. Cagnat, *Impôts indirects chez les Romains*, 1882, pp. 175-226. Vigié, *R. gén. de droit*, 1881, pp. 101-130.

2. Le rapport de ces formalités avec le mode de perception de l'impôt nouveau est attesté par la manière dont Paul les expose dans le titre de ses Sentences consacré à cet impôt (*Sent.*, 4, 6, *De vicesima*) et par les testaments qui les montrent accomplies au bureau même du percepteur de l'impôt (n. 4).

3. Paul, *Sent.*, 4, 6, 2.

4. C'est du moins ce qu'indiquent le testament de C. Longinus Castor, 2, 10 (*Textes*, p. 804) et le testament cité de l'an 131 (p. 823, n. 5), 2, 12.

5. Paul, *Sent.*, 4, 6, 1.

6. Paul, *Sent.*, 4, 6, 3. Cependant l'ouverture en était reculée à une époque bien postérieure par le préteur, lorsque le testateur était mort de mort violente et que ses esclaves devaient en conséquence être mis à la torture suivant une règle introduite ou confirmée par un sénatus-consulte Silanien (*D.*, 29, 5, *De S. C. Silaniano*, 1), qui est antérieur à l'an 11, d'après *D.*, *h. t.*, 13, *pr.* et qui fut probablement rendu sous le consul de l'an 10, C. Junius Silanus. Afin que la règle ne fût pas mise en échec pour les esclaves affranchis dans le testament, l'édit du préteur défendit, en pareil cas, tant l'ouverture du testament que l'acceptation de la succession avant que tout fût terminé (Paul, *Sent.*, 3, 5, 1. *D.*, 29, 5, *De S. C. Silaniano*, 3, 18). Un papyrus de Berlin, *B. G. U.*, n° 361 (cf. Dareste, *N. R. H.*, 1894, pp. 583-588) semble même montrer des plaideurs demandant l'ajournement de l'ouverture du testament en vertu de la même idée à raison d'autres délits imputés à des esclaves du défunt.

7. Paul, *Sent.*, 4, 6, 1 : *Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum, ita ut agnitis signis, rupto lino, aperiatur et recitetur, atque ita describendi exempli fiat potestas ac deinde signo publico obsignatum in archivum redigatur, ut si quando exemplum ejus interciderit, sit, unde peti possit.* Les mêmes formalités sont décrites dans les procès-verbaux de Ravenne (n. 8). Le testament de C. Longinus Castor porte également, à côté des noms de certains témoins et du *libripens*, la mention qu'ils ont reconnu leurs sceaux.

8. Cinq exemples de procès-verbaux de ce genre du V[e] et du VI[e] siècles nous

L'ouverture du testament était d'autant plus importante, à l'époque classique, qu'à côté de l'utilité qu'elle présentait au point de vue de la perception de l'impôt, elle avait, d'après les lois caducaires, un grand intérêt pour les héritiers qui ne pouvaient auparavant accepter la succession ni par conséquent obtenir un droit transmissible et pour les légataires dont le droit ne devenait également transmissible (*diei cessio*) qu'à ce moment[1]. A l'époque de Justinien, l'impôt sur les successions est en désuétude et le recul du droit d'accepter de l'héritier et de la *diei cessio* des legs au jour de l'ouverture du testament a disparu comme toutes les autres dispositions des lois caducaires. Mais les formalités de l'ouverture de testament sont toujours en vigueur[2].

CHAPITRE II. — SUCCESSION AB INTESTAT

La succession est déférée ab intestat, quand un citoyen capable d'avoir un patrimoine meurt sans héritier testamentaire. Elle est donc étrangère aux personnes qui ne sont pas susceptibles d'avoir un patrimoine, aux esclaves, aux pérégrins et anciennement aux personnes *in patria potestate*[3], quant auxquelles, à la vérité, la reconnaissance de leur aptitude à avoir un patrimoine propre amena là encore la reconnaissance de leur aptitude à laisser une hérédité, pour les biens adventices longtemps avant Justinien, pour les pécules castrens et quasi-castrens seulement sous Justinien et dans une mesure discutée[4].

Etant subordonnée au défaut de succession testamentaire[5], la succes-

ont été conservés par un papyrus de Ravenne. V. l'un d'eux, *Textes*, p. 811 et ss.

1. Ulpien, *Reg.*, 17, 1 ; 24, 30.

2. *D.*, 29, 3, *Test. quom. ap.* ; *C.*, 6, 32, *Quemadm. ap. test.*

3. Esclaves : *C.*, 6, 59, *Communia succ.*, 4. Pérégrins : *D.*, 48, 20, *De bon. damn.*, 7, 5. Personnes *in patria potestate* : *D.*, 46, 1, *De fidejussoribus*, 11. Les vestales, qui pouvaient tester (p. 831, n. 4), ne laissaient pas en revanche d'héritiers ab intestat (Labéon chez Aulu-Gelle, 1, 12, 18).

4. *Bona adventicia* : *C.*, 6, 61, *De bon. quae lib.*, 3, *pr.* (p. 144, n. 7). *Peculium castrense* : *Inst.*, 2, 12, *Quibus non est permiss.*, *pr.* : *Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit* (où l'on discute seulement si les ascendants appelés à défaut des descendants et des frères et sœurs, *jure communi*, le sont, comme anciennement, *jure peculii* ou, comme les descendants et frères et sœurs, *jure hereditario* : intérêt notamment pour l'étendue et la durée de l'obligation aux dettes).

5. *Inst.*, 3, 1, *De her. q. ab int.*, *pr.* : *Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.*

sion ab intestat s'ouvre au moment où il est certain qu'il n'y a pas de succession testamentaire. Ce moment peut être celui du décès (absence de testament, testament *injustum*, *ruptum*, *irritum*) ; il peut aussi être beaucoup plus tardif (institution conditionnelle, institution pure et simple au profit d'un héritier qui répudie ou devient incapable seulement au bout d'un certain délai). Mais c'est toujours à lui qu'on se placera pour déterminer les héritiers appelés[1].

Ces héritiers appelés sont les parents du défunt, les membres de sa famille. Seulement ils ne sont pas tous appelés en bloc à sa succession, et la notion même de la parenté qui fonde leur droit successoral n'a pas toujours été la même. Au premier point de vue, on peut, dès l'époque des XII Tables, les distinguer, suivant une terminologie moderne qui se rattache au droit romain récent, en particulier au droit prétorien, en ordres et en degrés : les ordres constituant des groupes de parents auxquels l'hérédité est déférée à défaut les uns des autres et les degrés qui nous sont déjà connus (p. 145) déterminant d'ordinaire la préférence, dans l'intérieur de chaque ordre, sans que la proximité plus grande de degré fasse passer le membre d'un ordre inférieur avant celui d'un ordre supérieur[2]. Au point de vue de la notion de la parenté, on sait déjà que la parenté civile, basée sur la puissance, a été progressivement supplantée par la parenté naturelle, basée sur le lien du sang.

Nous verrons comment, en matière de succession ab intestat, on a passé de l'une à l'autre, en décrivant sommairement le système du droit civil pur basé sur les XII Tables, le système du droit prétorien, les modifications du droit impérial antérieur aux novelles et le système des novelles.

I. Système du droit civil pur. — Le système successoral de l'ancien droit civil est formulé pour l'ingénu dans les XII Tables par la règle : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*[3]. Cela donne trois ordres d'héritiers : les *sui heredes*, les agnats, les *gentiles*.

1. Le premier ordre est celui des *sui heredes* dont les XII Tables présupposent le droit, dont elles n'indiquent la vocation qu'indirectement. Ce sont les personnes qui étaient sous la puissance de celui dont la suc-

1. *Inst.*, 3, 1, *De her. q. ab int.*, 7. *Inst.*, 3, 2, *De leg. adgn. succ.*, 6. *D.*, 28, 2, *De lib. et post.*, 9, 2. En conséquence, l'individu vivant au moment du décès du testateur, qui eût été alors héritier ab intestat, ne le sera que s'il vit encore au moment de l'ouverture de la succession (*Inst.*, 3, 2, *De leg. adgn. succ.*, 6).

2. Ainsi l'hérédité sera déférée, dans le système des XII Tables, à un *heres suus* du 3ᵉ degré, à un arrière-petit-fils, plutôt qu'à un agnat du 2ᵉ, à un frère ; dans celui des novelles, à un descendant au 2ᵉ degré, à un petit-fils, plutôt qu'à un ascendant du 1ᵉʳ, au père ou à la mère.

3. XII Tables, 5, 4. 5.

cession est déférée, du *de cujus* et qui sont devenues *sui juris* par son décès, d'où il résulte que cet ordre d'héritiers manquera toujours aux femmes qui ne sont pas susceptibles d'avoir d'autres personnes libres sous leur puissance [1]. Il comprendra à la fois les fils nés en mariage ou adoptifs, les filles, et par conséquent la femme *in manu* qui est *loco filiae*, les petits-enfants dont le père est prédécédé ou sorti de puissance et que par conséquent la mort du grand-père rendra *sui juris*, mais non les petits-enfants dont le père est resté en puissance, qui à la disparition du grand-père passent sous la puissance de leur père, ni les femmes *in manu* des fils en puissance, qui à la disparition du père de leur mari passent sous la *manus* de celui-ci [2]. Les membres de cet ordre viennent tous à la succession, quel que soit leur degré ; mais, dès lors qu'ils ne sont pas tous au premier degré, la succession est partagée par souches (*in stirpes*), les descendants de chaque auteur prédécédé ou sorti de la famille ne prenant que la part qu'il eût prise lui-même [3].

Le trait le plus remarquable de la succession des *heredes sui* est la façon même dont ils succèdent. Ils sont considérés comme succédant moins à des biens nouveaux qu'ils ne continuent une propriété préexistante, comme étant plutôt les héritiers d'eux mêmes (*heredes sui*) que d'un tiers (*heredes ejus*) [4]. Leur succession est probablement la plus ancienne [5], parce qu'elle n'a pas eu besoin d'être inventée, parce qu'elle n'est que la consécration des faits. Elle se produit par là même que des gens qui vivaient en commun au milieu d'une masse de biens continuent d'y vivre après la disparition de l'un d'entre eux. Ils continuent d'y vivre après la disparition de l'un d'entre eux qui d'après le régime patriarcal était leur chef : ce qui fait que leurs droits sont accrus, qu'ils ont un pouvoir de partager la maison commune qu'ils n'auraient pas eu auparavant. Mais c'est la prolongation d'un état préexistant plutôt que la création d'un état nouveau. Le changement n'est pas qu'ils gardent les biens ; ils consisterait à ce qu'ils leur fussent enlevés. Il n'y a pas de solution de continuité dans la propriété des choses qu'un tiers ne pourrait en conséquence appréhender sans vol.

1. Gaius, 3, 51 : *Numquam... feminae suum heredem habere possunt.*
2. Gaius, 3, 1-14 (*Collatio*, 16, 2).
3. Ulpien, *Reg.*, 26, 2 : *Aequum est enim nepotes in patris sui locum succedere et eam partem habere, quam pater eorum, si viveret, habiturus esset.*
4. Gaius, 2, 157 : *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur.* Paul, *D.*, 28, 2, *De lib. et post.*, 11 : *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt : nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere liceat.* Cf. *D.*, 48, 20, *De bon. damn.*, 7, *pr.*
5. Cf. sur l'analogie du droit germanique, Brunner, *Deutsche Rechtsgesch.*, 1, 2e éd., p. 281.

Au contraire il y a changement, solution de continuité, véritable mutation de propriété, nécessité d'une acquisition par les héritiers et par conséquent jusque-là possibilité d occupation sans vol de la part d'un tiers quand, à défaut d'héritiers siens, l'hérédité est déférée au second ou au troisième ordre.

2. Le second ordre, le premier pour les femmes qui ne peuvent avoir d'héritiers siens, est celui des agnats. La succession est déférée par les XII Tables à l'agnat le plus proche, ou, s'il y en a plusieurs au même degré, aux agnats les plus proches qui la partagent alors par têtes (*in capita*). Il suffira de remarquer sur ce second ordre : 1° qu'à l'origine, d'après les XII Tables, il n'y avait pas plus de distinction d'après le sexe entre les agnats qu'entre les héritiers siens, mais que postérieurement le droit civil a exclu, par voie d'interprétation, en vertu de la même idée qui motiva la loi Voconia (*Voconiana ratione*), les personnes du sexe féminin de l'hérédité de tous leurs agnats au delà du degré de frère et sœur [1] ; 2° que cet ordre faisait défaut pour l'affranchi et pour l'individu dont les liens d'agnation avaient été rompus par émancipation, mais qu'il était remplacé pour les affranchis, et par contre-coup pour les émancipés, qui sont aussi des affranchis de la *causa mancipii*, par le patron et sa postérité agnatique [2].

3. Le troisième ordre est constitué par les membres de la *gens* [3] à laquelle appartient le *de cujus*, s'il est ingénu, à laquelle appartient son patron, s'il est affranchi. Les règles de ce droit successoral sont mal connues, par suite de sa disparition précoce [4]. Il est probable qu'anciennement l'hérédité allait en bloc à la *gens* et on a même soutenu que son droit pourrait être plus ancien que celui des agnats [5] : les biens seraient

1. Paul, *Sent.*, 4, 8, 20 (22) : *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur : idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII Tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit.* L'expression *Voconiana ratio* n'implique pas forcément, a remarqué Savigny, que cette réforme ait été postérieure à la loi Voconia de 585. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 883. Kahn, *Zur Geschichte des römischen Frauenerbrechts*, 1884, pp. 13-24.

2. Ulpien, *Reg.*, 27, 1-4. *Inst.*, 3, 2, *De leg. adgn. succ.*, 8.

3. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 16, n. 1 ; p. 29 et ss. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 884.

4. Il est encore en vigueur à l'époque de la préture de Verrès (Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 45, 115), au temps de César (Suétone, *Caes.*, 1) et de Catulle (68,119-124), et la *laudatio* dite de *Turia* suppose encore, a-t-on vu, p. 209, n. 1, l'existence de la tutelle des gentils qui va avec lui. Mais ce dernier témoignage (début du 1er siècle après J.-C.) est le plus récent. Gaius, 3, 17, dit déjà le droit des gentils en désuétude.

5. M. Karlowa rapproche, p. 881, de la disposition des XII Tables faisant passer les agnats avant les *gentiles*, l'édit de Chilpéric donnant à défaut de fils un droit de préférence sur les membres du village du défunt aux filles et aux frères et sœurs (*Ed. Chilperici*, 3 ; cf. Glasson, *N. R. H.*, 1885, p. 604 ; Brunner, *Deutsche Rechtsgesch.*, 1, 2e éd., p. 281).

retournés, en l'absence d'enfants, d'héritiers siens, à la corporation qui paraît avoir été le plus ancien sujet de la propriété foncière. Mais il paraît certain que l'hérédité allait individuellement aux *gentiles* à la fin de la République [1].

II. Edit du préteur. — L'édit du préteur défère la *B. P.* ab intestat à ceux qu'il appelle, en distinguant des ordres et des degrés. Les différents successibles sont appelés à la *B. P.* :

1. *Unde liberi.* Le préteur appelle dans cette classe non seulement ceux que le droit civil appelle à l'hérédité comme *sui*, mais ceux qu'il eût appelés s'il n'y avait pas eu une *minima capitis deminutio*, à moins qu'ils ne fussent des parents purement civils ou qu'ils ne soient dans une nouvelle famille. Il appelle donc également les enfants en puissance et les émancipés, les enfants d'émancipés antérieurs et postérieurs à l'émancipation. Mais il n'appelle pas les enfants adoptifs émancipés, ni les enfants donnés en adoption, à moins qu'ils n'aient déjà été émancipés par leur père adoptif [2].

Les appelés succèdent par souches, à moins d'être tous au premier degré, comme dans l'hérédité civile, et, comme dans l'hérédité civile, le plus proche en degré exclut le plus éloigné dans la même souche, ainsi le père exclut son fils ; cependant il y a un cas où ces deux derniers concourent : c'est celui où un fils émancipé, appelé par le préteur, se trouve en conflit avec ses enfants restés en puissance, appelés par le droit civil, et où lui et eux partageront par moitié la part de leur souche en vertu d'une disposition ajoutée à l'édit par Julien (*clausula nova de conjugendis cum emancipato liberis ejus*) [3].

2. *Unde legitimi.* Dans cette classe, le préteur offre la *B. P.* à toutes les personnes que le droit civil appelle, non seulement aux *sui*, mais, pour les ingénus non émancipés, aux agnats, pour les affranchis, au patron et à ses descendants, pour les affranchis de la *causa mancipii*, notamment pour les émancipés, au pseudo-patron et à ses descendants [4]. La seule modification est relative à la succession de l'émancipé. La vocation du patron et de ses descendants à défaut de *liberi* n'a pas d'inconvénients, n'a que des avantages, lorsque l'émancipé a été affranchi

1. Suétone, *Caes.*, 1, ne pourrait pas sans cela représenter César comme ayant été *gentiliciis hereditatibus multatus*.
2. Ulpien, 28, 8. Gaius, 2, 137. Ulpien, *D.*, 38, 6, *Si tab. test. nullae*, 1, 6.
3. *D.*, 37, 8, *De conj. cum emanc.*, 3. Il y a un cas où, *jure praetorio*, les *sui* eux-mêmes n'auront droit qu'à la moitié. C'est le cas où ce sont des parents purement civils, enfant adoptif, femme *in manu* d'un affranchi excluant le patron. Ils prendront seulement la moitié, quoique étant de la première classe, et le patron aura l'autre moitié (*B. P. dimidiae partis*), quoique étant de la seconde : Gaius, 3, 41.
4. *D.*, 38, 7, *Unde leg.*, 2, 4.

par le *parens manumissor*, au cas d'émancipation fiduciaire (p. 193). Mais, s'il a été affranchi par un *manumissor extraneus*, on intercale, avant la *B. P. unde legitimi* du patron et de ses descendants, une *B. P. unde decem personae* accordée aux dix plus proches parents naturels du défunt[1].

3. *Unde cognati*. Cette *B. P.* est accordée aux plus proches en degré parmi les parents naturels, les cognats, mais seulement jusqu'au 6e degré et jusqu'au 7e pour les enfants de cousins issus de germains (*sobrino et sobrina nati*)[2]. C'est là une innovation considérable : le préteur appelle ainsi à la succession tous les parents par les femmes qui, appartenant à des familles différentes, ne pouvaient jamais hériter d'après le droit civil ; tous les parents en ligne collatérale, auxquels la *capitis deminutio* soit d'eux, soit du *de cujus* a enlevé la cacacité civile. Seulement il ne les appelle qu'à un rang modeste : le frère émancipé sera exclu de la succession de son frère, la mère de celle de son fils par le parent civil le plus lointain.

4. Ensuite vient, pour les ingénus, immédiatement et exclusivement, la *B. P. unde vir et uxor*, celle du conjoint survivant qui, dans le mariage sans *manus*, n'était pas appelé par le droit civil, n'étant pas parent, et que le droit prétorien a appelé à défaut de tout parent[3].

Ces *B. P.*, auxquelles s'en joignent encore quelques autres, placées avant et après la *B. P. unde vir et uxor* pour les affranchis[4] constituent dans le droit développé, un système successoral complet, parallèle à l'hérédité légitime sur laquelle il a même fini par l'emporter au cas de conflit. Mais il faut naturellement encore rappeler ici que c'est là le terme d'un développement historique : toutes les *B. P. ab intestato* ne sont pas nées en même temps et elles sont encore moins devenues immédiatement toutes *cum re*.

1. En laissant de côté les complications relatives à la succession des affranchis, en prenant seulement la succession normale d'un ingénu Cicéron connaît, peu avant la fin de la République, la *B. P. unde legitimi* pour laquelle il rapporte les termes de l'édit comme déjà arrêtés depuis longtemps en l'an 684[5]. Il connaît aussi la *B. P. unde cognati*, donnée

1. *Coll.*, 16, 9, 2.
2. *D.*, 38, 8, *Unde cognati*, 1, 3. Cf. le papyrus cité p. 187, n. 3.
3. *D.*, 38, 11, *Unde vir et uxor*.
4. Avant, en 4e lieu, *tum quem ex familia patroni* et en 5e, *unde patronus, patrona item liberi et parentes patroni patronaeve* ; après, en 7e lieu, *unde cognati manumissoris*.
5. *In Verr.*, 2, 1, 44, 114 : *Posteaquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus : si tabulae testamenti non proferrentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur..., hoc vetus edictum translaticiumque esse.* Cf. Leist dans Glück série des livres 37-38, 1, 1873, p. 55 et ss.

sans testament ni loi aux parents naturels, dont il signale une application concrète en 688 [1], mais qui ne paraît pas encore avoir figuré alors dans une clause bien nette de l'édit [2]. Enfin nous jugeons certain qu'il ne connaît pas la *B. P. unde liberi* [3], pour ne rien dire de la *B. P. unde vir et uxor*. Au contraire, les trois édits sur la *B. P. unde liberi*, sur la *B. P. unde legitimi* et sur la *B. P. unde cognati*, et même celui sur la *B. P. unde vir et uxor* existent, selon toute apparence, dès le temps de Labéon [4].

2. Quant à l'effet de la *B. P.*, les *B. P.* ab intestat ne sont sans doute devenues elles-mêmes opposables aux héritiers civils en cas de conflit que progressivement. Ici encore la *B. P.* a dû d'abord ne produire que la protection de l'interdit *quorum bonorum*, qui est déjà connu de Cicéron, accompagnée plus ou moins tôt, assez probablement aussi dès le temps de Cicéron, d'actions fictices permettant de poursuivre les débiteurs héréditaires. Mais d'abord elle n'a pas dû plus empêcher le *bonorum possessor* ab intestat que le *bonorum possessor* testamentaire de pouvoir être dépouillé par la pétition d'hérédité de l'héritier civil. Le conflit ne se présentait pas pour la *B. P. unde legitimi*, donnée aux héritiers civils eux-mêmes (*confirmandi juris civilis gratia*), ni pour les *B. P. unde cognati* et *unde vir et uxor* données à défaut d'héritiers civils (*supplendi juris civilis gratia*) ; mais il pouvait se présenter, sans parler des successions des affranchis, pour la *B. P. unde liberi*, quand elle appelait les émancipés en concours avec des *sui* ou à l'exclusion des agnats. Et ici encore le conflit a d'abord dû être tranché contre eux ; ils

1. *Pro Cluent.*, 60, 165 : *Intestatum dico esse mortuum possessionemque ejus bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio... datam*. La *B. P.* est donnée au fils d'une sœur, donc à un cognat : mais le texte cité n. 2 montre que l'édit en vertu duquel il est donné n'est pas encore celui promettant nettement la *B. P.* aux cognats et à eux seuls.

2. *Partit. orat.* 28, 98 : *Atque ejus quidem generis finis est aequitas, quae non simpliciter spectatur, sed ex comparatione nonnumquam ut cum... aut cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio : in quibus causis quid aequius aequissimumve sit quaeritur*. La conciliation la plus naturelle entre ce texte et le précédent est d'admettre dans l'édit, après la clause sur la *B. P. ex testamento* (p. 825, n. 1) et celle sur la *B. P. ex lege* (p. 860, n. 5), une troisième clause plus vague dans laquelle le préteur se réservait de donner le cas échéant la *B. P.* à celui qui en paraîtrait le plus digne, et en vertu de laquelle il pouvait la donner au cognat Cluentius. V. en ce sens, Leist, 1, p. 63 et ss.

3. Cela nous paraît résulter très nettement du langage de Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 44, 114, selon lequel il n'y a aucune *B. P.* intermédiaire entre la *B. P. secundum tabulas* et la *B. P. unde legitimi*. V. en ce sens, Leist, 1, p. 11, n. 19 ; en sens contraire, Ad. Schmidt, *Das Formelle Recht der Notherben*, p. 68 et ss., qui invoque pour l'existence à une époque antérieure du droit de l'émancipé, la *B. P. contra tabulas* donnée au patron et à ses enfants émancipés (p. 882, n. 2).

4. C'est rendu vraisemblable pour tous par la considération que l'activité légiférante du préteur s'arrête avec l'établissement de la monarchie. En outre Labéon connaît déjà la *B. P. contra tabulas* accordée aux *liberi* (p. 872, n. 2), dont l'existence implique à notre sens, à plus forte raison, celle de la *B. P. unde liberi*.

ont dû d'abord avoir, de même que les bénéficiaires d'un testament prétorien, la *B. P.* comme *B. P. sine re*, ne les empêchant pas d'être dépouillés par la pétition d'hérédité des héritiers civils. Mais leur *B. P.* est devenue *cum re*, a été protégée par une exception contre cette pétition d'hérédité, dès une époque que nous croyons fort antérieure à la codification de l'édit, notamment d'après le développement précoce de l'institution de la *collatio* qui suppose, au plus tard vers le milieu du premier siècle après J.-C., le concours effectif des émancipés et des *sui* [1].

III. **Réformes du droit impérial.** — Les empereurs d'abord par des sénatus-consultes, puis par des constitutions, ont continué l'œuvre du préteur, qui au reste, depuis le début de l'Empire, ne faisait guère d'innovation que sur l'invitation des empereurs ou du sénat. Mais, sur ces invitations, il faisait du droit prétorien. Les sénatus-consultes et les constitutions, dont nous devons maintenant parler, ont fait du droit civil : on a pris des parents dans la classe prétorienne des cognats pour les faire monter en qualité d'héritiers civils dans une des classes supérieures.

Cette œuvre a été commencée par deux sénatus-consultes célèbres relatifs au droit de succession réciproque de la mère et de l'enfant. Le sénatus-consulte Tertullien [2], rendu sous Hadrien [3], appelle à la succession légitime des enfants la mère qui antérieurement ne leur succédait que *jure praetorio*, comme cognate, à défaut de tous parents civils. Seulement il ne l'y appelle qu'à condition qu'elle ait le *jus liberorum* et à un rang déterminé : elle est exclue par les *liberi*, le *manumissor* et le *frater consanguineus*, elle concourt avec la *soror consanguinea*, et elle prime les autres agnats [4]. Le sénatus-consulte Orfitien [5], rendu sous Marc-Aurèle et Commode en 178 après J.-C. [6], appelle les enfants avant tout agnat à la succession de leur mère. Les deux sénatus-consultes sont évidemment importants au point de vue de l'histoire des idées morales, parce qu'ils reconnaissent, sous un nouvel aspect, le lien de la mère et

1. Cassius, cos. en l'an 30 après J.-C., mort sous Vespasien (p. 783, n. 6), traite déjà expressément de la *collatio* due par les émancipés aux *sui* avec lesquels ils sont en concours (*D.*, 37, 6, *De coll.*, 2, 5).
2. *Inst.*, 2, 3, *De senatus consulto Tertulliano.*
3. *Inst.*, *h. t.*, 2 : *Quod divi Hadriani temporibus factum est.* Cependant un texte de Zonaras, 12, 1, le place sous Antonin le Pieux et on l'a parfois placé en conséquence en l'an 158 où l'on trouve un consul Tertullus (cf. Accarias, 1, p. 1198, n. 1). Mais l'existence de ce sénatus-consulte sous Hadrien est prouvée par un texte positif : Tryphoninus, *D.*, 34, 5, *De reb., dub.* 9 (10), 1, rapporte un conflit contre la mère héritière du fils et les agnats héritiers du père, tranché par Hadrien. Cf. l'essai de conciliation de Buhl, *Salvius Julianus*, 1, 1886, p. 22.
4. Ulpien, *Reg.*, 26, 8.
5. *Inst.*, 3, 4, *De senatus consulto Orfitiano.*
6. *Inst.*, *h. t.*, *pr.* : *Latum est Orfito et Rufo consulibus* (178 ap. J.-C.), *divi Marci temporibus.*

de l'enfant ; mais ils ne le sont pas moins au point de vue de l'histoire technique du droit de succession par le coup qu'ils portent au système antérieur des successions civiles, à la distinction des successions civiles et prétoriennes. Ils admettent pour la première fois à l'hérédité civile ab intestat des personnes qui n'appartiennent pas à la famille civile du *de cujus*, même des parents nés hors mariage, puisque le lien entre la mère et l'enfant est indépendant du mariage (p. 186) ; en conséquence aussi, ils admettent un droit de succession civile ab intestat qui n'est pas brisé par la *capitis deminutio* ; enfin ils admettent l'existence d'héritiers légitimes exclus, même *jure civili*, par de simples *bonorum possessores* : la mère, héritière civile, est exclue par les *liberi* [1].

Le mouvement a été continué par des constitutions postérieures. Ainsi Valentinien, Théodose et Arcadius ont étendu, avec certaines restrictions supprimées par Justinien, le droit de succession accordé aux enfants par le sénatus-consulte Orfitien, de la mère aux autres ascendants en ligne féminine [2]. Ainsi Anastase a appelé les frères et sœurs émancipés à concourir avec les frères et sœurs restés agnats, sur la succession de leur frère, sauf une limitation de quotité supprimée par Justinien [3]. Justinien accorda le même droit aux frères et sœurs utérins qui, même en dehors de toute émancipation, n'étaient que les cognats des frères et sœurs nés de pères différents. Il l'étendit aussi aux descendants au premier degré tant des frères et sœurs émancipés que des frères et sœurs utérins [4]. Il accorda aux enfants adoptifs, sauf au cas d'*adoptio plena*, le droit de venir à la succession de leur père naturel en concours avec les *sui* et les émancipés (p. 185). Il supprima aussi pour le sénatus-consulte Tertullien la condition du *jus liberorum* [5]. Il écarta la restriction apportée *Voconiana ratione* au droit successoral des femmes [6]. Et l'on pourrait dresser une liste infiniment plus longue de toutes les modifications partielles ainsi apportées à l'ancien système. Mais, pour le surplus, cet ancien système subsistait toujours ; sauf disposition contraire, la règle d'après laquelle le cognat ordinaire est appelé à la succession seulement à défaut de tout parent civil était toujours en vigueur. Même à l'époque de la confection du Digeste, du Code et des Institutes, les collatéraux par les femmes, autres que les frères et sœurs et leurs descendants au premier degré, étaient primés par les agnats les plus éloignés.

1. Ulpien, *Reg.*, 26, 8.
2. *C. Th.*, 5, 1, *De legit. hered.*, 4.
3. *Paraphr. ad. Inst.*, 3, 5, *De succ. cogn.* ; *C.*, 6, 58, *De legit. heredit.*, 15, 1 *b* (1).
4. C., 6, 58, *De leg. hered.*, 14, 6 (1). 15. 1. 2. 3.
5. *Inst.*, 3, 3, *De sc. Tertull.*, 4.
6. *C.*, 6, 58, *De legit hered.*, 14.

IV. Système des novelles. — L'ancien régime fut abrogé et remplacé par un système nouveau, franchement basé sur la parenté du sang, par la novelle 118 de l'an 543, qu'a complétée sur un point la novelle 127 de l'an 548. Le système de la novelle 118 a pour assiette la division des héritiers en quatre classes [1].

La première classe, celle des descendants, comprend tous les descendants, *in patria potestate* ou non, en ligne masculine ou féminine, appelés par souches sans condition de degré, mais avec exclusion dans chaque souche du plus éloigné par le plus proche.

La seconde comprend les ascendants, les frères et sœurs germains (de même père et de même mère), par opposition aux frères et sœurs simplement consanguins (de même père) et simplement utérins (de même mère) — privilège de double lien, encore inconnu des Institutes, mais créé par la novelle 84 — et les enfants de frères et sœurs germains. Lorsqu'il n'y a que des ascendants, la succession est attribuée au plus proche en degré, sans distinction de lignes, la mère excluant par exemple le grand-père et la grand'mère paternels, mais, s'il y en a plusieurs au même degré, elle est partagée entre eux par lignes et ensuite par têtes. Lorsqu'il n'y a que des frères et sœurs, le partage a lieu entre eux par têtes. Lorsqu'il y a à la fois des frères et sœurs et des ascendants, le partage a lieu par têtes entre eux tous. Enfin, lorsqu'il y a en outre des enfants de frères et sœurs, ils prennent par souches la part de leurs auteurs en concours avec les frères et sœurs et, depuis la novelle 127, en concours avec les ascendants.

La troisième classe comprend les frères et sœurs consanguins et utérins et leurs descendants au premier degré.

La quatrième comprend les autres collatéraux selon la proximité de degré, pour lesquels on se demande s'ils sont appelés à l'infini, comme l'étaient les agnats, ou seulement jusqu'au 6e degré et au 7e pour les *sobrino nati*, comme l'étaient les cognats, d'après l'édit du préteur.

Enfin quoique le texte des novelles fût muet, comme elles ne parlaient que de la succession entre parents, elles ont été considérées comme laissant subsister au profit du conjoint survivant le droit de succession à défaut de tout parent sanctionné par la *B. P. unde vir et uxor*.

1. Nous indiquons seulement les traits sommaires du système, en renvoyant, pour les innombrables difficultés qui s'y rapportent, à la volumineuse littérature qu'il a provoquée dans notre ancien droit et à l'étranger.

CHAPITRE III. — SUCCESSION DÉFÉRÉE A L'ENCONTRE DU TESTAMENT

La succession est déférée à l'encontre d'un testament en vertu de deux théories principales [1] : la théorie de l'exhérédation et celle de la *querela inofficiosi testamenti*. En vertu de la première, le testament tombera en tout ou partie, quoiqu'il ait été fait dans les formes régulières, par un testateur capable, au profit d'un héritier capable, s'il ne contient pas l'institution ou l'exhérédation expresse de certains héritiers présomptifs ; en vertu de la seconde, il pourra être attaqué, quoique contenant une exclusion régulière de ces héritiers présomptifs, s'il ne laisse pas à certaines personnes une quotité de biens suffisante. Ce sont là deux garanties distinctes établies successivement contre le pouvoir du testateur de dépouiller ses héritiers légaux. La première, qui est la plus ancienne, est, a-t-on dit, une garantie de pure forme consistant en ce qu'il est forcé de les dépouiller explicitement et non pas implicitement. La seconde, qui est venue non pas la remplacer, mais s'y juxtaposer vers la fin de la République, est une garantie de fond consistant en ce qu'il ne peut dépouiller complètement certains héritiers à moins d'en avoir de justes raisons.

SECTION I. — Exhérédation.

Le droit romain n'admet pas que celui qui a des enfants en puissance puisse les exclure de sa succession par une simple omission : s'il ne les institue pas, il doit les exclure par une disposition expresse ; il doit les instituer ou les exhéréder [2]. C'est une règle qui a d'abord été posée par le droit civil pour les *heredes sui* ; mais elle a été étendue par le droit prétorien aux *liberi*, et le droit de Justinien, tout en en remaniant les conséquences, l'a maintenue pour les uns et les autres jusqu'aux novelles. Elle doit donc être examinée successivement dans les trois systèmes législatifs.

I. Ancien droit civil. — Le principe d'après lequel le *paterfamilias* est astreint à instituer ou à exhéréder tous les héritiers siens [3] qu'il aura dans le cours de sa vie est très nettement rattaché par les jurisconsultes

1. Cf. Francke, *Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten*, 1831 ; Fr. Schrœder, *Das Notherbenrecht*, 1, 1877 ; F. von Woess, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, 1911.

2. *Inst.*, 2, 13, *De exheredatione liberorum*. *D.*, 28, 2, *De liberis et postumis*. Cf. Ad. Schmidt, *Das formelle Recht der Notherben*, 1862. Hoelder, *Beiträge zur Gesch. d. römisch. Erbrechtes*, 1881, p. 88-108. *Z. S. St.*, 16, 1895, pp. 280-299 ; 30, 1909, pp. 77-86.

3. Ulpien, *Reg.*, 22, 14 : *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi.*

romains au caractère qui fait l'originalité de la vocation successorale des *sui*, à la copropriété existant entre eux et le chef de famille. Le *suus heres* n'acquiert pas proprement l'hérédité à la mort du père, il ne fait que continuer avec des pouvoirs plus étendus une propriété qu'il avait du vivant de celui-ci sur le patrimoine commun. En conséquence, même depuis que le testament n'est plus un acte du pouvoir législatif, le père peut, en vertu de sa *patria potestas*, dépouiller le *suus* de cette propriété, l'exhéréder, comme il peut le mettre à mort, le dépouiller de la vie[1]. Mais pour qu'elle ne lui aille pas, il faut qu'il l'en dépouille, qu'il l'en exproprie. Il ne peut auparavant l'attribuer à un autre. C'est une conséquence de pure logique du caractère des *sui heredes*. Elle peut présenter pour eux certains avantages : à l'époque où le testament est fait par une loi véritable proposée par les pontifes, attirer l'attention du peuple et du clergé qu'une simple omission aurait moins frappée ; tant que le testament a été public, faire reculer le testateur devant le scandale d'une exhérédation injustifiée ; même ensuite, a-t-on dit, l'amener à mieux peser ses raisons devant sa propre conscience qu'il ne le ferait par une exclusion implicite ; surtout, peut-on dire plus sérieusement, leur donner la chance de quelqu'une de ces nullités accidentelles qui sont toujours la conséquence des règles de forme. Mais elle n'a pas, croyons-nous, été instituée en vue de ces avantages qui ont pu seulement contribuer plus tard à la faire maintenir, à la faire étendre par le droit prétorien aux *liberi*. Elle résulte de la condition même des *sui*. Et par conséquent elle doit être aussi ancienne qu'elle, remonter aux premiers testaments comitiaux dans lesquels on a demandé au peuple de déroger à la loi générale par une loi spéciale. C'est une expropriation qui a été faite d'abord par le peuple lui-même en vertu de son pouvoir législatif, puis par le testateur, quand ce pouvoir lui a été transféré[2].

A la vérité, on a soutenu que l'exigence de l'exhérédation des héritiers siens aurait été introduite seulement après les XII Tables, par les interprètes des derniers siècles de la République, en vue des avantages pratiques qu'elle présentait ; que la notion de copropriété n'aurait été qu'un prétexte pour arriver aux avantages pratiques. Mais cette doctrine, qui n'a pour appui qu'un texte peu probant de Cicéron[3], nous

1. C'est le langage même de Paul, *D.*, 28, 2, *De liberis et postumis*, 11 (p. 857, n. 4).

2. V. Danz, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, 2. 1873, § 160. Hoelder, *Beiträge*, pp. 88 et ss. Appleton, *Testament romain*, 1903, pp. 97-103. L'opinion qui considère la théorie de l'exhérédation comme introduite par la jurisprudence est plus répandue. V. en ce sens Schmidt, *Formelles Recht*, p. 3 et ss., Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 875 et ss. et à peu près tous les manuels français.

3. Il y a un autre argument qui n'a, à notre sens, aucune portée. D'après *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 120, la liberté du testateur était entière selon les XII Tables (p. 817, n. 1) et a été restreinte ensuite par la doctrine et des lois positives (*sed*

paraît condamnée par tout l'ensemble des faits. L'institution de l'exhérédation remonte par son principe à l'époque la plus ancienne. C'est aussi seulement à cette époque que ses avantages ont eu une portée. Si elle n'avait pas existé alors, on eût eu très peu d'intérêt à l'imaginer en vue de l'utilité misérable et problématique qu'elle présentait plus tard, et on eût eu beaucoup de peine à la créer en face d'une pratique contraire établie. Tout ce qu'a fait la doctrine récente, cela a été de déterminer plus nettement ses règles soit quant au cas où le testateur a déjà des héritiers siens au moment du testament, soit aussi quant à celui où il lui en survient par la suite.

1. L'exhérédation, par laquelle le *paterfamilias* qui ne veut pas instituer un héritier sien l'exclut de sa succession, doit satisfaire à certaines conditions. Elle doit : 1° être contenue dans un testament [1] ; 2° être exprimée en termes sacramentels : le père doit employer pour tous les héritiers siens la formule : *Exheres esto, exheredes sunto* ; mais il y a de plus une exigence spéciale pour les descendants mâles au premier degré, les fils dont l'exhérédation est soumise à des conditions plus rigoureuses que celles des filles et des petits-enfants [2] : pour le fils, elle doit être faite individuellement (*nominatim*) : *Titius filius meus exheres esto* ; pour les autres, elle peut être faite en bloc (*inter ceteros*) : *Ceteri omnes exheredes*

id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium). On oublie, en invoquant ce texte en faveur du défaut d'exigence d'exhérédation des *sui* sous les XII Tables, que la liberté reste entière tout en étant soumise pour son exercice à des formes : l'obligation imposée au chef de famille de dépouiller préalablement les *sui*, pour donner ce qui leur appartient à autrui, n'atteint pas plus sa liberté de les exhéréder que la nécessité d'employer les termes sacramentels pour faire une institution d'héritier n'atteint sa liberté établie par le texte d'instituer qui il veut, que la nécessiié où il est d'instituer préalablement un héritier pour faire des legs, des affranchissements, des nominations de tuteurs valables, n'atteint sa liberté de faire des legs, des affranchissements, des nominations de tuteurs. L'argument tiré de Cicéron est plus embarrassant. Dans des passages du *De oratore*, 1, 38, 175. 57, 245, relatifs à un procès plaidé dans son enfance sur le testament qu'un père avait refait, croyant son fils mort à la guerre, il paraît dire que l'avocat escamotera les XII Tables en faisant admettre la nécessité de l'exhérédation nominative du fils, que par conséquent l'exigence de cette exhérédation a été introduite postérieurement aux XII Tables par une doctrine encore contestée au temps de sa jeunesse. Mais M. Hoelder a répondu qu'il ne s'agit pas là de la nécessité de l'exhérédation ; que, dans l'affaire, le fils se trouve bien exhérédé, *testamento exheres filius*, dit Cicéron, 1, 38, 175, mais qu'il l'a été *inter ceteros* par la clause : *Ceteri exheredes sunto* ; et que par suite le texte prouve non pas que la nécessité de l'exhédération ait été établie par la doctrine du temps de Cicéron, mais que ses formes ont été précisées par la jurisprudence de ce temps. Et, en effet, comme le remarque M. Appleton, p. 101, n. 3, Justinien, *C.*, 6, 28, *De lib. praet.*, 4, 2, signale l'exigence de l'exhérédation nominative du fils à la place de son exhérédation *inter ceteros* comme venant des centumvirs.

1. *Inst.*, 2, 25, *De codicill.*, 2.

2. De même, peut-on dire, que la *patria potestas* s'éteint plus difficilement, que l'émancipation est plus compliquée pour le fils que pour les filles et les petits-enfants (p. 193, n. 4).

sunto[1] ; 3° porter sur toute l'hérédité, ce dont l'ingéniosité des jurisconsultes a tiré des conséquences subtiles[2], mais ce qui n'empêche pas d'ailleurs que l'enfant exhérédé puisse, à un autre titre, recueillir une portion considérable de l'hérédité, par exemple quand le père d'un *infans*, d'un *furiosus* l'exhérédera pour le soustraire aux risques de la liquidation de sa succession et nommera un héritier testamentaire grevé d'un legs considérable à son profit (exhérédation officieuse, *bona mente*).

A ces conditions, l'exhérédation prive le fils, le descendant de sa qualité d'*heres*, permet au *paterfamilias* de disposer valablement soit au profit d'un étranger, soit à celui d'un autre *suus*, des biens dont l'exhérédé est exclu. Si au contraire il n'y a pas eu d'exhérédation régulière pour un descendant qui n'a pas été institué, le testament n'est pas régulier. Quelle sera la sanction ? On distingue selon que le descendant omis est un fils ou un autre descendant.

Si un fils a été omis ou irrégulièrement exhérédé, le testament est nul (*inane*, *injustum*) comme s'il avait été fait dans les formes irrégulières, ou par un testateur incapable, ou au profit d'un héritier incapable. Peu importe que l'institué soit un étranger ou une autre personne en puissance. Peu importe que le fils reçoive à un autre titre une libéralité considérable : il ne doit pas être gratifié, mais institué ou exhérédé. Peu importe qu'il soit, par la suite, mort avant le testateur[3] : le testament nul restera nul, dans l'opinion logique qui l'a emporté ; car les éléments de validité du testament sont nécessaires au moment de sa confection. Pour la même raison, la nullité du testament pourra être opposée à une époque quelconque, au moment quelconque où le testament inexistant sera invoqué. Pour la même raison enfin, cette nullité pourra être invoquée par tout intéressé, non pas seulement par le fils omis, qui l'invoquera pour faire reconnaître l'ouverture à son profit de la succession ab intestat, mais par tous ceux qui verront un profit à faire reconnaître cette ouverture de la succession ab intestat résultant de ce qu'il n'y a pas de testament : par un autre fils qui a été régulièrement exhérédé dans le testament ; par un autre fils qui y a été institué et qui obtiendra ab intestat une part de la succession plus forte qu'il n'eût obtenu en vertu

1. Gaius, 2, 127. 128.

2. V. une application extrême de cette idée, *D.*, *h. t.*, 19, où Cervidius Scaevola cité par Paul la justifie par l'idée qu'*exheredationes non essent adjuvandae* ; en partant de la même idée, l'exhérédation, quand il y a à la fois des institués et des substitués, doit être faite par rapport aux uns et aux autres (*D.*, *h. t.*, 3).

3. Gaius, 2, 123, où il indique cette doctrine comme soutenue par les Sabiniens et combattue par les Proculiens. C'est elle qui prévaut en droit classique (Paul, *D.*, *h. t.*, 7) et au temps de Justinien (*Inst.*, *h. t.*, *pr.*). On discute pourtant la question de savoir si, en pareil cas, l'héritier institué dans le testament, nul *jure civili*, ne pourrait pas obtenir la *B. P. secundum tabulas*. Cf. Vangerow, 2, § 473, 2 et *D.*, 28, 3, *De injust.*, 12, *pr.*, qui paraît bien dire qu'il a alors une *B. P. secundum tabulas*, mais qu'elle est *cum re* seulement quand il se trouve être en même temps le plus proche héritier ab intestat.

du testament, soit parce qu'il était institué pour une part inférieure à sa part ab intestat, soit parce qu'il était grevé de libéralités testamentaires.

Au cas d'omission d'une fille ou d'un descendant d'un degré inférieur, la sanction est bien moins sévère [1]. Le testament est maintenu, mais il est rectifié. L'omis, probablement parce qu'il n'était pas d'usage de laisser à de pareils parents toute l'hérédité, va, comme s'il avait été oublié, prendre une fraction de la succession au détriment des institués, en concours avec eux. Il va accroître leur nombre (*jus adcre scendi*) en en prenant la moitié en face d'étrangers, une part virile en présence de *sui* [2].

2. Lorsque le *paterfamilias* n'a pas de *sui* au jour de son testament ou qu'il les a régulièrement institués ou exhérédés, il peut lui en survenir d'autres par la suite, par naissance, par adoption, par mariage avec *manus*, ou simplement parce que celui qui les primait dans la famille vient à disparaître. La loi, qui veut que les héritiers siens existant au moment du testament soient institués ou exhérédés, ne doit pas admettre qu'il en soit autrement de ceux venus après coup. Au contraire elle les protège encore plus énergiquement. Le testament est rompu par la survenance d'un héritier sien, quel que soit le sexe ou le degré [3]. Mais la question qui se pose est de savoir si on ne pourra pas éviter la rupture du testament par une institution ou une exhérédation préalable.

A l'origine, la réponse était négative. Les enfants qui n'étaient pas encore nés n'auraient pu être valablement institués en leur qualité de personnes incertaines. Plus largement les personnes capables, déjà nées au moment du testament, elles-mêmes ne pouvaient être valablement instituées ou exhérédées en qualité de *sui* avant de l'être [4]. Ce système était particulièrement rigoureux, quand l'enfant dont la survenance rompait le testament était un descendant né après la mort du *de cujus* (postume à la mort), qu'il n'avait jamais été à même d'instituer ou d'exhéréder : le testament était rompu sans qu'il y eût possibilité de le

1. En vertu de la même idée qui fait considérer l'extinction de la *patria potestas* comme plus facile (p. 193, n. 4), l'exhérédation comme pouvant être faite en termes moins précis (p. 867, n. 2).

2. Gaius, 2, 124. V. pour les détails et la bibliographie, Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 890.

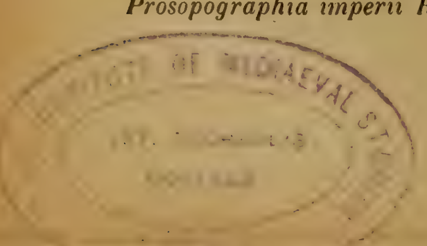
3. Ulpien, 22, 18 : *Postumi quoque liberi cujuscumque sexus omissi quod valuit testamentum agnatione rumpunt.* La nullité produite après coup par la rupture est encore ici une nullité absolue régie par les mêmes règles que la nullité qui eût existé dès le principe si le testament avait été *injustum* pour cause d'omission d'un fils déjà né. La nullité pourra en principe être invoquée en tout temps, par tout intéressé, sans ratification possible. Mais ici il est certain qu'au cas où le postume au testament venait à mourir avant le testateur, le préteur donnait à l'héritier institué dans le testament rompu *jure civili* une *B. P. secundum tabulas*, qui était *cum re*, en vertu d'une décision d'Hadrien, *D.*, 28, 3, *De injust. test.*, 12, *pr.*, et qui était protégée par une exception de dol contre la pétition d'hérédité des héritiers ab intestat, à moins que ces héritiers ab intestat ne fussent des *liberi* exhérédés dans le testament (*D.*, 44, 4, *De exc. doli*, 13).

4. Gaius, 2, 140. 141.

refaire. Il était encore pénible quand le *suus* était un enfant né avant la mort, mais né ou devenu héritier sien après le testament : alors on pouvait refaire le testament, mais il fallait le refaire. Un mouvement qui s'est prolongé assez longtemps, qui a commencé de bonne heure pour les postumes à la mort, qui a fini seulement à une époque avancée de la période classique pour les autres, a abouti à permettre progressivement non seulement d'instituer, mais d'exhéréder valablement les divers descendants qui deviendraient héritiers siens après la confection du testament soit par la naissance, soit par la disparition du descendant intermédiaire qui les empêchait de l'être [1]. Le mouvement a été ouvert par la doctrine (*postumi legitimi*, *Aquiliani*), activé par une loi positive du commencement de l'Empire, peut-être de l'an 26 après J.-C., la loi Junia Vellaea [2] (*postumi Velleiani*, *quasi Velleiani*) et achevé par la doctrine, notamment sous l'influence de Julien (*postumi Juliani*). Désormais on peut instituer ces divers postumes et on peut aussi les exhéréder, avec cette particularité venant de la loi Junia Vellaea qu'ici l'exhérédation ne sera suffisante qu'à condition d'être nominative, non

1. Les diverses catégories ainsi distinguées sont : 1° les *postumi legitimi*, fils ou petits-fils nés de fils prédécédés, nés après la mort du testateur, que la jurisprudence de la fin de la République permettait déjà d'instituer ou d'exhéréder (Ulpien, 22, 19) ; 2° les *postumi Aquiliani*, petits-fils nés après la mort, mais dont le père vivait encore au moment du testament et qu'Aquilius Gallus fit admettre qu'on pourrait instituer ou exhéréder pour le cas où, par suite du prédécès de leur père, ils se trouveraient être héritiers siens (*D.*, *h. t.*, 28, *pr.*-3) ; 3° les *postumi Velleiani*, descendants qui naîtraient au testateur après le testament, mais avant sa mort, et que le premier chapitre de la loi Junia Vellaea lui permit également d'instituer ou d'exhéréder préalablement (*D.*, *h. t.*, 29, 12) ; 4° les *postumi quasi Velleiani*, les descendants déjà nés qui deviendraient après le testament héritiers siens du testateur par suite du prédécès de l'auteur intermédiaire qui les séparait de lui et qu'un second chapitre de la loi lui permit d'instituer ou d'exhéréder (*D.*, *h. t.*, 29, 13) ; 5° les *postumi Juliani*, descendants qui deviennent également héritiers siens du vivant du *de cujus* par le prédécès de leur auteur, mais qui sont nés seulement après le testament du *de cujus* et en face desquels Salvius Julien fit également admettre la possibilité d'une institution ou d'une exhérédation préventive (*D.*, *h. t.*, 29, 15). Il n'est pas inutile de connaître ces cinq catégories ; mais elles n'ont qu'une importance limitée, parce que le développement définitif les a dépassées, a fini par admettre, sans s'arrêter à leurs complications, qu'on pourrait instituer ou exhéréder d'avance tous les descendants qui deviendraient héritiers siens après la confection du testament soit par la naissance, soit par la disparition de l'ascendant dont la présence les empêchait de l'être.

2. Le nom de la loi n'est pas partout transmis de la même façon. Cependant elle paraît bien s'être appelée Junia Vellaea et, sa dualité de noms indiquant une loi consulaire, on l'attribue avec beaucoup de vraisemblance (Karlowa, *R. R. G.*, 1, p. 620 et ss. ; Wlassak, *Processgesetze*, 2, p. 164, n. 62) aux deux consuls suffects L. Junius Silanus et C. Vellaeus Tutor, qui ont certainement été consuls à la fin d'une année voisine de l'an 780 de R. = 27 ap. J.-C. (*C. I. L.*, V, 4920-4922) et qu'une restitution de Borghesi suivie par Karlowa place en cette année même, mais qui, d'après les Fastes des Arvales, ne peuvent lui appartenir (*C. I. L.*, I², p. 71) et que, la fin de l'année 781 = 28 paraissant aussi occupée par d'autres consuls, il faut peut-être placer en l'an 779 = 26. V. en ce sens Dessau, *Prosopographia imperii Romani*, II, 1897, p. 246, n° 548 ; III, 1898, p. 393, n° 233.



seulement pour les fils, mais pour tous les descendants mâles, qu'elle ne pourra être valablement collective qu'en face de postumes du sexe féminin [1]. Mais ce développement n'a pas eu pour résultat de permettre d'éviter absolument toutes les ruptures de testaments qui pouvaient être produites par la survenance d'héritiers siens ; car il est exclusivement relatif aux descendants qui deviennent héritiers par la naissance ou par le prédécès de la personne qui les séparait de l'auteur commun. Il est étranger aux adoptés, aux adrogés, aux femmes tombées *in manum*, aux enfants légitimés, en somme, peut-on dire, à tous ceux qui tombent en puissance par une cause d'ordre artificiel. La doctrine a fini, semble-t-il, par admettre qu'on pouvait éviter la rupture du testament en les instituant d'avance [2], mais non point en les exhérédant [3].

II. Édit du préteur. — Le préteur a élargi ce système par la création de la *B. P. contra tabulas* donnée à l'encontre du testament qui ne contient pas institution ou exhérédation de certains descendants [4]. Le régime ainsi établi diffère de celui du droit civil : quant aux descendants à exhéréder, quant aux formes de l'exhérédation et quant à la sanction du défaut d'exhérédation régulière.

1. Quant aux descendants qu'il faut instituer ou exhéréder, le préteur appelle à la succession ab intestat du *paterfamilias* non seulement les *heredes sui*, mais les descendants du sang qui le seraient sans une *capitis deminutio minima* et qui n'appartiennent pas à une autre famille : il les assimile aux *sui* pour les appeler tous à défaut de testament ; il les assimile également aux *sui* pour exiger l'institution et l'exhérédation des uns et des autres, pour donner, à l'encontre du testament où l'un d'eux n'est pas institué ou exhérédé, la *B. P. contra tabulas*. Mais là s'arrête l'œuvre d'extension du préteur. Il a appelé les descendants comme cognats à la succession de leur mère, de leurs ascendants maternels : il leur a donné, en face de la succession de ces ascendants, la *B. P. unde cognati* ; il ne leur a pas donné, en face d'elle, la *B. P. contra tabulas* [5]. La *B. P. contra tabulas* n'appartient, en face du testament qui les omet, qu'à ceux qui, en l'absence du testament, ont la *B. P. unde liberi*.

1. Ulpien, 22, 21-23, paraît dire que l'exhérédation nominative n'est exigée que pour les fils et semble la recommander seulement comme plus prudente pour les petits-fils ; ce qui porterait à voir là une influence du système prétorien. En cet sens Accarias, 1, n° 340. Mais le texte, aujourd'hui certain de Gaius, 2, 134, dit positivement que l'exigence vient de la loi Junia Vellaea.
2. Papinien, *D.*, *h. t.*, 23, 1.
3. Ulpien, *D.*, 37, 4, *De P. P. C. T.*, 8, 8. Gaius, 2, 143, indique seulement une exception résultant d'un sénatus-consulte du temps d'Hadrien pour l'*erroris causae probatio*.
4. *D.*, 37, 4, *De bonorum possessione contra tabulas*.
5. *Inst.*, 2, 13, *De exhered.*, 7.

2. Quant aux formes, le préteur exige que l'exhérédation soit nominative non seulement pour le fils, mais pour tous les descendants du sexe masculin. Il ne se contente de l'exhérédation collective que pour les descendantes[1].

3. La sanction du défaut d'institution ou d'exhérédation régulière est, en droit civil, tantôt la nullité du testament, tantôt le droit de s'adjoindre aux héritiers. En droit prétorien, ce sera toujours le droit de demander au préteur la *B. P. contra tabulas*.

Cette *B. P.*, qui est dans un lien visible avec la *B. P. unde liberi* et sur laquelle nous avons même plus de renseignements directs, qui a sans doute été créée comme elle entre Cicéron et Labéon[2] et qui est comme elle devenue *cum re*, tant d'après les textes positifs que d'après les arguments fournis par la *collatio* et par d'autres institutions encore[3], dès avant le temps de la codification de l'édit, probablement dès le premier siècle de l'Empire[4], produit, à l'encontre du testament, un effet qu'on n'a pas trop mal exprimé en disant qu'elle en entraîne la rescision[5]. Il ne s'agit plus ici d'une nullité absolue, invocable en tout temps, par toute personne, sans confirmation possible, faisant tomber le testament pour le tout, comme celle dont était frappé le testament rendu *injustum* par l'omission d'un fils ou par la survenance d'un postume. On pourrait plutôt parler de nullité relative. La *B. P. contra tabulas* s'ouvre seulement pendant un certain délai, à certaines conditions, au profit de certaines personnes, pour faire tomber certaines dispositions du testament.

a) N'empêchant pas le testament d'exister, étant seulement donnée quand il se trouve porter atteinte aux droits d'un *liber*, elle ne s'ouvre pas si le *liber* est mort avant le décès du testateur qui l'avait omis. Si au

1. Gaius, 2, 135 = *Inst.*, *h. t.*, 3.

2. La *B. P. contra tabulas* donnée aux *liberi* ne peut figurer dans l'édit du temps de Cicéron, si, comme nous avons déjà vu (p. 861, n. 3), cet édit ne connaît pas la *B. P. unde liberi*. En revanche, elle est connue de Labéon, d'après *D.*, *h. t.*, 8, 11.

3. Son caractère de *B. P. cum re* résulte, croyons-nous, rationnellement de l'existence de la *collatio* (n. 4), qu'ici comme en matière de *B. P. unde liberi* (p. 862, n. 1), on ne pourrait imposer à l'émancipé en face des *sui*, s'il était ensuite exposé à être dépouillé par eux des choses héréditaires, et de celle de l'*edictum de legatis praestandis* (p. 873, n. 5), qui suppose aussi un acquéreur définitif. Il est, en outre, attesté pour elle, à la différence de la *B. P. unde liberi* sur laquelle il y a moins de renseignements, par des témoignages directs des sources : Julien, *D.*, *h. t.*, 13, *pr.* Ulpien, *D.*, 37, 11, *De B. P. sec. tab.*, 5, 1 : *Quasi contra tabulas bonorum possessione accepta rem habere* ; cf. Leist, dans Glück, 2, p. 21 et ss.

4. Cassius, cos. en l'an 30, connaît déjà la *collatio* (p. 862, n. 1).

5. Leist, 2, p. 21 et ss., suivi par Danz, 2, p. 156, considère pourtant comme plus exact de dire qu'elle ne fait pas tomber le testament, et qu'elle n'empêche pas l'héritier institué d'accepter, mais qu'elle le met alors avec le *bonorum possessor* dans une situation analogue à celle où se trouve l'héritier grevé d'un fidéicommis universel en face du fidéicommissaire, qu'elle permet au *bonorum possessor* de lui enlever la succession, mais sans l'empêcher de rester *heres*.

contraire le *liber* est vivant, elle s'ouvre par là même qu'il y a un testament valable en la forme, contenant l'institution d'un héritier capable, sans qu'il y ait à savoir le parti que prendra cet institué. Du moment que le testament existe, la *B. P.* est donnée *contra tabulas*, *contra lignum testamenti*, dit-on [1], avant même que la *B. P. secundum tabulas* soit offerte à l'institué pour savoir s'il acceptera ou non. Et alors elle est ouverte non seulement au profit du *liber* omis, mais, *commisso per eum edicto*, au profit d'autres *liberi* encore. Seulement le caractère relatif de la nullité se manifeste de nouveau, peut on dire, dans la détermination du cercle des personnes qui ont le droit de l'invoquer, à qui appartient la *B. P. contra tabulas*.

b) Ouverte par l'existence d'un *liber* omis, elle l'est en même temps qu'à son profit, à celui de tous les *liberi* institués dans le testament [2], mais elle ne l'est pas, comme serait la succession civile ab intestat ouverte par la nullité du testament omettant un fils en puissance, au profit d'autres *liberi* régulièrement exhérédés [3].

c) Elle ne fait pas non plus forcément disparaître tout le testament. Tandis que l'omission d'un fils en puissance fait *jure civili* tomber le testament tout entier, la *B. P. contra tabulas* laisse subsister : 1° les dispositions qui ne préjudicient pas au *liber* omis, non seulement les exhérédations, mais les substitutions pupillaires [4] et sans doute les nominations de tuteurs ; 2° celles que le testateur eût vraisemblablement faites en l'instituant : il devra exécuter, pour un total qui ne peut excéder la part de chaque *liber*, les legs et les fidéicommis adressés à la femme et à certains parents [5].

d) Enfin, comme les voies de rescision, la *B. P. contra tabulas* ne peut être demandée que durant un délai fort court, celui pendant lequel peut être demandée toute *B. P.* (p. 892, n. 1). Sinon, la *B. P. secundum tabulas* s'ouvrira au bout du délai, au profit des héritiers institués dans le testament [6].

1. Tryphoninus, *D.*, *h. t.*, 19 : *Volgo dicitur liberis datam bonorum possessionem contra lignum esse.*

2. *D.*, *h. t.*, 3, 11. On applique même cela aux fils donnés en adoption qui se trouvent encore sous la puissance de l'adoptant : *D.*, *h. t.*, 8, 11.

3. *D.*, *h. t.*, 10, 5. En supposant un testateur qui, ayant quatre *liberi*, en a institué deux avec un étranger, en a exhérédé un et en a omis un autre, la *B. P. contra tabulas*, ouverte par l'omission du dernier, sera ouverte, en même temps qu'à lui, aux deux institués, mais non à l'exhérédé, ni naturellement à l'étranger.

4. *D.*, 28, 6, *De subst.*, 34, 2.

5. *D.*, 37, 5, *De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.* Dans l'exemple précédent, si le testateur a fait des legs à sa femme, à un parent et à deux étrangers, les deux *liberi* institués et le *liber* omis, ayant tous trois demandé la *B. P.*, devront exécuter les legs faits à la femme et au parent pour un montant qui ne pourra excéder celui qu'ils garderont chacun, soit le quart, et ils ne devront rien aux légataires étrangers.

6. *D.*, 37, 11, *De B. P. S. T.*, 2, *pr.* Si la *B. P. contra tabulas* n'a été demandée dans le délai précité ni par l'un ou l'autre des *liberi* institués, ni par le *liber*

III. Droit de Justinien. — Justinien[1] simplifia un peu ce régime en décidant qu'il n'y aurait plus, quant à la forme, qu'une exhérédation, l'exhérédation nominative et, quant à la sanction, qu'il n'y aurait plus de *jus adcrescendi*. Mais, du moins jusqu'aux novelles[2], il laissa subsister la dualité entre la nullité absolue sanctionnée par la pétition d'hérédité au cas d'omission d'un *suus* et la nullité relative sanctionnée par la *B. P. contra tabulas* au cas d'omission d'un *liber*[3].

SECTION II. — *Querela inofficiosi testamenti.*

Le système de la *querela inofficiosi testamenti*[4] diffère de celui de l'exhérédation quant au fondement, quant à l'étendue d'application et quant à la portée. Il s'appuie non pas sur l'idée d'un droit de propriété qu'auraient certains descendants et eux seuls sur des biens communs, mais sur le sentiment d'affection (*officium pietatis*) qui doit porter une personne à laisser une portion de ses biens à certains parents plutôt qu'à des étrangers si elle n'a pas eu à se plaindre d'eux. En conséquence, il fonctionne non pas seulement au profit de ceux qui ont été sous la puissance du défunt ou qui y auraient été sans une *capitis deminutio*, des descendants *per masculos*, mais de tous les descendants, aussi bien de ceux par les femmes que de ceux par les mâles, des ascendants et, à certaines conditions, des frères et sœurs. Et pour la même raison, il oblige non plus seulement à les mentionner dans le testament, mais à les y gratifier.

omis de l'exemple fait p. 873, n. 3, la *B. P. secundum tabulas* s'ouvrira, et alors s'ouvrira au profit des deux *liberi* institués et de l'étranger institué, à l'exclusion du *liber* omis et du *liber* exhérédé, mais à charge de payer tous les legs. Enfin, pour continuer l'hypothèse, si les héritiers institués laissent passer le délai, la *B. P. unde liberi* s'ouvrira au profit des quatre *liberi*, des deux institués, de l'omis et de l'exhérédé, mais non de l'institué étranger et serait sans charge des legs, si cet effet n'était écarté par une clause spéciale de l'édit dirigée contre la fraude (*D.*, 29, 4, *Si quis om.*, 1, *pr.* ; cf. Lenel, *Edictum*, § 168).

1. *C.*, 6, 28, *De liberis praet. vel exhered.*, 4. *Inst.*, *h. t.*, 5. Justinien renvoie en même temps, *Inst.*, *h. t.*, 5, à la constitution selon laquelle l'adopté reste en règle dans sa famille d'origine (p. 185) et c'est donc dans cette famille qu'il doit être exhérédé.

2. La théorie de l'exhérédation elle-même a été, à notre avis, abolie par la novelle 115. Cf. Windscheid, *Pand.*, 3, § 592.

3. La réforme de Justinien laisse subsister la restriction de l'institution aux civils, les militaires étant, d'après les règles générales sur les formes (p. 829, n. 3), dispensés d'exhéréder expressément leurs descendants durant tout leur service avant Justinien et pendant qu'ils étaient en expédition depuis lui.

4. *Inst.*, 2, 18 ; *D.*, 5, 2 : *De inofficioso testamento*. Cf. G. Hartmann, *Ueber die querela inofficiosi testamenti nach classischem Recht*, 1864. Bekker, *Aktionen*, 1, 1871, pp. 272-283. Eisele, *Z. S. St.*, 15, 1894, pp. 256-306. Jobbé-Duval, *N. R. H.*, 1904, p. 576. 1907, pp. 755-801. *Mélanges Fitting*, 1, 1907, pp. 439-464. *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 755-801. H. Hellwig, *Erbrechtsfeststellung und Rescission der Erbschaftserwerbes*, 1908, et le compte rendu de Mitteis, *Z. S.St.*, 31, 1910, pp. 486-489.

L'institution de la *querela* est une institution d'origine coutumière née de la jurisprudence d'un tribunal qui, au moins depuis les derniers siècles de la République, statuait fréquemment sur les pétitions d'hérédité liées devant le préteur par la procédure du *sacramentum*, du tribunal des centumvirs[1]. Au moment où la conscience publique commença à être choquée par des testaments contraires à l'*officium pietatis*[2], ce tribunal, auquel son caractère stable rendait plus facile d'établir une jurisprudence qu'aux jurés uniques institués pour des affaires isolées, eut l'idée de recourir, pour protéger les héritiers ab intestat qui lui paraissaient injustement dépouillés, à un expédient qui lui fut peut-être suggéré par une pratique similaire des tribunaux helléniques[3] : sur la pétition d'hérédité intentée par les héritiers ab intestat injustement dépouillés contre les héritiers institués dans le testament inofficieux, il donnait raison aux héritiers ab intestat en considérant le testament comme nul pour cause de démence du testateur, comme fait par un testateur dont la démence était révélée par les dispositions mêmes de l'acte[4].

Ce n'était là sans doute qu'un prétexte, mais un prétexte en partant duquel seulement le testament pouvait tomber. Et en conséquence la pétition d'hérédité intentée de ce chef devant les centumvirs devait, à l'origine, être soumise à toutes les règles des pétitions d'hérédité ordinaires qui leur étaient déférées, soit quant aux conditions générales d'exercice, soit en particulier quant aux personnes qui pouvaient intenter une pétition d'hérédité devant les centumvirs, ce qui excluait peut-être les personnes qui devaient agir contre des habitants des provinces et ce qui excluait certainement les héritiers prétoriens ; car on ne peut faire valoir par la procédure des Actions de la loi que des actions établies par la loi civile et tous les procès jugés par les centumvirs étaient liés par la procédure des Actions de la loi, par le *sacramentum*[5]. Si plus tard, en même temps que la *querela* a été soumise à des fins de non recevoir spéciales, elle a été ouverte tant contre les provinciaux qu'aux

1. La fréquente intervention des centumvirs en matière de pétition d'hérédité n'est pas douteuse (v. *C.*, 3, 31, *De H. P.*, 12, *pr.* et les textes relevés par Bethmann Hollweg, *Z. G. R.*, 5, 1825, p. 368, n. 17), qu'elle vienne d'une compétence légale ou du choix des plaideurs.

2. La date ne paraît guère antérieure à la fin de la République. M. Bekker a relevé, p. 279, n. 15, le caractère récent des témoignages relatifs à la *querela* : parmi les textes juridiques, les plus anciens sont du temps de Gaius et les constitutions qu'ils invoquent ne font pas remonter plus haut que Trajan (*D.*, 5, 3, *De H. P.*, 7). Un texte de Cicéron qu'on a souvent cité, *In Verr.*, 2, 1, 42, 107, parle de *testamentum inofficiosum*, mais non de *querela inofficiosi testamenti*.

3. Cf. sur la δίκη μανίας à laquelle s'exposait à Athènes, de la part de ses collatéraux, l'homme sans enfants qui laissait ses biens à des étrangers, Schulin, *Das griechische Testament*, 1882, p. 16.

4. Marcien, *D.*, *h. t.*, 2 : *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt ut testamentum ordinarent* ; cf. Marcellus, *D.*, *h. t.*, 5.

5. V., pour les Actions de la loi, Gaius, 4, 31. 95 ; pour les procès provinciaux, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 29, 4.

héritiers prétoriens [1], c'est en vertu d'un développement secondaire postérieur. Une conjecture ingénieuse a rattaché ce développement à une disposition législative expresse qui aurait été rendue au début de l'Empire, afin de mettre, à côté du tribunal des centumvirs statuant selon la procédure ordinaire sur les procès liés par *sacramentum*, précisément pour les procès provinciaux et les héritiers prétoriens, un second tribunal statuant selon la procédure extraordinaire, auquel seul se sont peut-être d'abord appliquées certaines règles spéciales nouvelles, mais dont les règles se sont trouvées subsister seules après la disparition du tribunal des centumvirs et la généralisation de la procédure extraordinaire et se sont probablement généralisées dès auparavant [2]. En tout cas, les principes définitifs qui régissent la *querela* soit dans ses conditions d'existence, soit dans ses effets, gardent la trace de son double caractère, du mouvement qui l'a transformée, d'action en pétition d'hérédité ordinaire intentée par Action de la loi devant les centumvirs, en une action distincte ayant pour partie son régime propre.

I. Conditions d'existence. — Les conditions d'existence de la *querela inofficiosi testamenti* peuvent se ramener à trois idées. Pour avoir la *querela*, il faut : 1° être légitimaire, appartenir au cercle d'héritiers

1. Le préteur aurait eu, pour combler cette lacune, un moyen, c'eût été de protéger l'héritier prétorien injustement exhérédé comme on a fini par protéger contre l'héritier civil l'héritier institué dans un testament prétorien, l'héritier ab intestat prétorien : en lui donnant une *B. P.* et en le défendant contre l'action de l'héritier civil ou par une exception, si la poursuite était intentée selon la procédure formulaire, ou par le refus de la *legis actio*, si l'héritier civil voulait *lege agere*. Un exemple rapporté par Valère Maxime, 7, 7, 5, montre que le préteur est entré dans cette idée. Mais le développement définitif a pris d'autres voies.

2. Cette idée émise par M. Eisele rend parfaitement compte des discordances avec la pétition d'hérédité qu'on rencontre en droit récent dans la *querela* (p. 879, n. 1-4, n. 6) et qui ont porté d'autres auteurs à croire soit que la *querela* se serait à un moment dégagée de la pétition d'hérédité pour en devenir une instance préalable, soit qu'elle n'aurait jamais eu le caractère de pétition d'hérédité ; elle rend compte aussi de la dualité, explicable au besoin par d'autres raisons, des textes de la matière supposant comme juges tantôt les centumvirs (*D.*, *h. t.*, 8, 14 ; 10, *pr.* ; 13 ; 15, 2 ; 17, *pr.* ; *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 76, *pr.*) et tantôt un seul juge (*D.*, *h. t.*, 5 ; 6, *pr.* ; 8, 16 ; 17, 1). Elle s'accorde bien avec les noms de *querela* et même d'*accusatio* (*D.*, *h. t.*, 7, *pr.* : 27, *pr.*) donnés à la poursuite et avec beaucoup de particularités, telles que le mode de citation rapporté par Paul (*D.*, *h. t.*, 7, *pr.*), qui conviennent infiniment mieux à un procès tranché selon la procédure extraordinaire qu'à une action intentée selon les règles de l'*ordo judiciorum*. Enfin elle expliquerait aussi l'existence de la loi Glitia dans le commentaire de laquelle Gaius (*D.*, *h. t.*, 4) parle de la *querela* et qui serait non pas, comme pensaient nos anciens auteurs, la loi qui introduisit la *querela*, mais une loi qui l'aurait étendue aux cas où ne pouvaient statuer les centumvirs, loi dont l'existence paraît impliquée par l'effet *ipso jure* des sentences rendues par les nouveaux juges (*D.*, *h. t.*, 8, 16). M. Eisele veut même reconnaître les juges extraordinaires constitués par cette loi dans les *septemviri* dont parlent les rubriques des fr. de Paul, *D.*, *h. t.*, 7 ; 28, 31, *de septemviralibus judiciis*. On croit plus généralement qu'il y a là une corruption de *centumviralibus* et il y a dans le système d'autres points douteux ; mais l'idée d'ensemble nous paraît acceptable.

ab intestat auxquels le testateur doit raisonnablement laisser une portion de ses biens s'il n'a pas à s'en plaindre ; 2° avoir été injustement dépouillé de sa légitime, être privé sans cause par le testament de la totalité ou de la presque totalité de la succession à laquelle on était appelé par la loi ; 3° ne pas être écarté par certaines fins de non-recevoir [1].

1. Il faut être légitimaire, appartenir au cercle d'héritiers ab intestat au profit duquel la *querela* a été admise. Le cercle n'a pas dû se délimiter immédiatement. Les centumvirs et peut-être même les autres tribunaux qui leur ont été juxtaposés devaient, à l'origine, statuer en fait sur chaque cas, sans distinction bien nette d'ordre ni de degré. Mais, dès le temps d'Ulpien, le cercle des héritiers légitimaires était arrêté aux descendants, aux ascendants et aux frères et sœurs, sous la double condition pour ces derniers qu'ils soient des frères et sœurs consanguins et qu'ils aient été dépouillés au profit d'une *turpis persona* [2]. Peu importe, sauf pour les frères et sœurs, que ces héritiers soient agnats ou cognats, que ce soient des héritiers civils, seuls susceptibles d'agir devant les centumvirs, ou des héritiers prétoriens, pour lesquels il a fallu une réforme distincte, qu'ils soient appelés seuls ou en concours avec d'autres héritiers. Mais le système est toujours resté fidèle à son point de départ en ce que, pour être légitimaire, il faut être appelé à la succession ab intestat, être la personne à qui l'hérédité doit revenir en face de la nullité du testament [3].

2. Il faut être injustement privé de sa légitime, c'est-à-dire n'avoir pas une part suffisante de la succession et en être privé injustement.

Les causes pour lesquelles le dépouillement serait juste, en dehors desquelles il y aurait exhérédation injuste pour les descendants par les mâles qu'on doit exhéréder d'après le droit civil ou prétorien, omission injuste pour les autres légitimaires descendants par les femmes, ascendants, frères et sœurs, n'était naturellement pas précisées à l'origine

1. On pourrait ajouter qu'il faut que le *de cujus* ne soit pas mort sous les drapeaux, le testament du militaire étant soustrait à la *querela* (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 27, 2).

2. Descendants même en ligne féminine : Marcellus, *D.*, *h. t.*, 5. Ascendants : Papinien, *D.*, *h. t.*, 15, *pr.* Frères et sœurs : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1 ; 24 ; cf. Val. Max., 7, 7, 5. La restriction aux frères et sœurs consanguins est indiquée par une const. de Constantin qu'on suppose souvent l'avoir créée (*C. Th.*, 2, 19, *De inoff. test.*, 1 ; version remaniée, *C.*, 3, 28, *De inoff. test.*, 27).

3. En conséquence : 1° l'enfant donné en adoption ne peut attaquer le testament de son père adoptif qu'autant qu'il n'a pas été émancipé et celui du père naturel, avant Justinien, qu'autant qu'il l'a été par le père adoptif (p. 859, n. 2) ; 2° le testament fait par un fils sur son pécule castrens ne peut, avant Justinien, être attaqué comme inofficieux (p. 855, n. 4) ; 3° les descendants par les femmes n'étant héritiers que comme cognats à défaut de *sui* (p. 860, n. 2), ne peuvent intenter la *querela* qu'en l'absence de *sui*. Seulement cette dernière solution se trouve un peu masquée par une règle selon laquelle on admit, en partant de l'idée prétorienne de dévolution (p. 899), qu'en cas d'inaction de l'héritier le plus proche, la *querela* peut être intentée par celui appelé à son défaut (*successio in querelam* : *D.*, *h. t.*, 31, *pr.* ; 14).

et elles ont continué à être laissées à l'appréciation des juges jusqu'à Justinien. Avec son goût de réglementation, Justinien a fixé, dans la novelle 115, quatorze causes pour les descendants et huit pour les ascendants à raison desquelles le testateur pourra, en les indiquant dans son testament, justement exclure les légitimaires de sa succession.

Quant au montant de la part de la succession que doit avoir le légitimaire qui n'a pas démérité, au montant de la légitime, de la *debita portio*, il a changé plusieurs fois. A l'origine, il a été, comme les justes causes d'exhérédation, comme la détermination des légitimaires, laissé à l'appréciation des juges. Les juges décidaient, dans chaque cas, si, en fait, le légitimaire avait reçu une part suffisante de la succession. Plus tard, on emprunta, ici comme en beaucoup d'autres matières, le chiffre fixe de la loi Falcidia de 714, en décidant que l'héritier légitimaire n'ayant pas donné de cause d'exhérédation ou d'omission devrait recevoir le quart de ce qu'il aurait eu comme héritier ab intestat. C'est la quarte légitime (*quarta legitimaè partis*)[1], dans le calcul de laquelle on fait figurer tout ce qu'il a reçu du défunt à cause de mort, aussi bien par exemple, par fidéicommis, par legs, par donation à cause de mort que par institution d'héritier[2], mais non, sauf quelques réserves récentes[3], ce qu'il en a reçu par donation entre vifs[4]. Justinien modifia le chiffre de la légitime en décidant assez bizarrement, dans la novelle 18, qu'elle serait, pour les descendants, du tiers de la part ab intestat si le défunt laissait quatre enfants ou moins, et de moitié s'il en laissait plus de quatre[5], et il décida encore plus bizarrement, dans la novelle 115, que les légitimaires devraient, non pas être institués pour cette part, mais être institués pour une fraction quelconque d'elle, si c'étaient des ascendants ou des descendants.

3. Les deux premières conditions s'expliquent très bien par les règles de la pétition d'hérédité : le développement de la jurisprudence y a simplement eu pour résultat de préciser, comme il arrive toujours, les conséquences du principe quant au montant de la légitime, quant à la dé-

1. Elle est déjà connue de Pline, *Ep.*, 5, 1, 9.

2. *Inst.*, *h. t.*, 6.

3. Une exception relative aux donations faites avec la clause qu'elles s'imputeraient sur la légitime paraît déjà connue d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 35, *pr.* (cf. p. 880, n. 2) et a été admise par Justinien, *C.*, 3, 28, *De inoff. test.*, 35, 2. Zénon excepta aussi les donations *propter nuptias* et *dotis causa* (*C.*, *h. t.*, 29) et Justinien (*C.*, *h. t.*, 30, 2) celle faite en vue de l'achat d'une charge publique (*ad emendam militiam*).

4. On remarquera qu'étant égal au quart de ce que le légitimaire aurait eu ab intestat, le montant de la *debita portio* sera d'autant moins élevé pour chacun que leur nombre sera plus élevé et cela alors même que les autres n'auraient rien reçu et ne réclameraient pas : *Exheredatus partem facit qui non queritur*. Cf. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 8.

5. La décision est bizarre parce qu'elle a pour effet de rendre la légitime de chaque enfant plus élevée quand ils sont cinq (1/10), que quand ils sont quatre (1/12).

termination des légitimaires et quant aux causes d'exclusion. La troisième condition présente un caractère tout différent qui vient, croyons-nous, de ce qu'on a fait, pour la *querela* extraordinaire, des règles restrictives propres qui ont passé d'elle à l'ancienne *querela* par la suite, soit lors de la généralisation de la procédure extraordinaire, soit auparavant. La *querela* est soumise à des fins de non-recevoir spéciales tirées, dit-on, ou bien de ce que c'est une sorte d'action d'injures intentée par l'héritier, ou bien de ce que c'est une action injurieuse pour la mémoire du défunt.

De ce que c'est une action injurieuse pour la mémoire du défunt, on conclut qu'elle ne doit être donnée qu'à défaut de toute autre voie de droit (*ultimum adjutorium*)[1]. De ce que c'est une action d'injures, on conclut qu'elle s'éteint par une série de fins de non-recevoir spéciales : par la mort[2] ; par la renonciation résultant par exemple de la reconnaissance du testament[3] ; par une prescription spéciale fixée d'abord à deux ans, puis à cinq[4].

II. Effets de la *querela*. Action en supplément. — L'effet de la *querela* est d'entraîner la chute du testament, l'ouverture de la succession ab intestat. C'est la conséquence de la fiction sur laquelle est basée l'intervention des centumvirs et ce n'est pas moins vrai quand la *querela* est déférée à une autre juridiction[5]. Si la règle se trouve en partie effacée au cas de pluralité d'institués ou légitimaires[6], elle sort son plein

1. *Inst.*, *h. t.*, 2. Le légitimaire ne l'aura pas s'il est institué *ex asse* ; car il a droit à la quarte Falcidie contre les legs et à la quarte Pégasienne contre les fidéicommis (Paul, *Sent.*, 4, 5, 5). Il ne l'aura pas non plus s'il est un adrogé impubère ou un adopté *ex tribus maribus* ; car il a droit à la quarte Antonine ou à la quarte Afinienne (pp. 184, n. 4, 183, n. 1). Il ne l'aura pas non plus quand c'est un *suus* ou un *liber* omis ; car il a la pétition d'hérédité, si c'est un *suus*, et la *B. P. contra tabulas*, si c'est un *liber*.

2. Avant Justinien, elle ne passait aux héritiers que si le bénéficiaire l'avait déjà intentée ou au moins en avait déjà préparé l'exercice (*D.*, *h. t.*, 6, 2 ; 7). Justinien décida par exception que les descendants morts sans l'avoir intentée la transmettraient d'une manière absolue à leurs propres descendants (*C.*, *h. t.*, 34).

3. Cette reconnaissance résultera notamment de ce qu'on demandera l'exécution des legs adressés dans le testament soit à soi-même, soit à celui dont on s'est fait volontairement le mandataire ou l'avocat (*D.*, *h. t.*, 32). En sens inverse, celui qui attaque le testament par la *querela* est dépouillé comme indigne au profit du fisc des libéralités qui lui étaient adressées par ce testament (*D.*, *h. t.*, 8, 14).

4. Elle était de deux ans au temps de Pline, *Ep.*, 5, 1, 10. Elle est plus tard de cinq années sur le point de départ desquelles il y avait dissentiment entre Ulpien et Modestin, nous apprend Justinien (*C.*, *h. t.*, 36, 2). Cf. *D.*, *h. t.*, 8, 17.

5. C'est dit positivement par un des textes qui, au lieu de supposer la *querela* déférée aux centumvirs (p. 876, n. 2), supposent expressément le procès déféré à un juge unique, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 8, 16 : *Testamentum ipso jure rescissum est.*

6. Le principe que le testament est considéré comme fait par un aliéné devrait entraîner une nullité absolue, comme celle du testament où a été omis un héritier sien. Et telle a dû être, croyons-nous, la règle primitive. Mais dans le développement qu'a reçu la *querela*, on est arrivé à admettre contre toute logique que le

effet au cas d'institué unique et de légitimaire unique : le testament tombe tout entier et la succession ab intestat s'ouvre pour le tout. En omettant de laisser au légitimaire sa légitime, le testateur aboutit à lui laisser tout, aboutit aussi à s'enlever le droit de faire aucun legs, aucun affranchissement testamentaire, aucune disposition accessoire.

La perspective de ce résultat juridique devait amener les testateurs soucieux de la validité de leurs dispositions de dernière volonté à laisser avec soin à chaque légitimaire ce qui lui revenait. Seulement le testateur pouvait se tromper sur le montant de la fortune, sa fortune pouvait s'accroître après coup, de sorte que la portion laissée au légitimaire ne suffit pas à le remplir de sa légitime. Le testament était alors nul, en droit classique ; il était également inofficieux, quand le légitimaire n'avait pas sa part et quand il ne l'avait pas tout entière. Mais le droit byzantin décida que la *querela* serait écartée et que le légitimaire pourrait seulement demander le complément de sa part, quand le testateur en disposant au profit du légitimaire, aurait prescrit de parfaire sa quarte *boni viri arbitratu*, s'il n'en était pas rempli[1] ; puis Justinien décida que cette clause serait sous-entendue dans toutes les libéralités imputables sur la légitime, en sorte que désormais il n'y eut plus de *querela* que lorsque le testateur n'avait rien laissé au légitimaire, qu'il y eut seulement action en complément toutes les fois que le légitimaire avait reçu quelque chose de son parent[2].

L'action en supplément, en réduction, du droit nouveau, devenue ainsi pratiquement au moins aussi importante que la *querela*, ressemble à la *querela* en ce qu'elle est seulement donnée quand le légitimaire n'est pas indigne. Mais elle en diffère quant aux fins de non recevoir, en ce que, tendant seulement à faire exécuter la volonté du testateur, à faire rectifier son erreur, elle n'est soumise à aucune des restrictions qui

testament pourra être maintenu pour moitié et tomber pour moitié, sera considéré pour partie comme celui d'un homme raisonnable et pour partie comme celui d'un fou. Cela se présente par ex. : 1° au cas de pluralité d'institués, quand l'un de ceux institués au préjudice d'un frère est une *turpis persona* et l'autre non (*D.*, *h. t.*, 23, *pr.*), même sans cela quand pour une raison quelconque le procès réussit contre l'un et échoue contre l'autre (*D.*, *h. t.*, 15, 2, où cela résulte de son jugement par deux chambres différentes des centumvirs ; cf. *D.*, *h. t.*, 25, 1) ; 2° au cas de pluralité de légitimaires, d'abord, semble-t-il logiquement dans l'hypothèse symétrique où la *querela* serait admise au profit de l'un et non à celui de l'autre, mais aussi dans celle où l'un est exhérédé injustement et l'autre justement (cf. sur les controverses relatives à ce second cas, Windscheid, 3, § 584, n. 24). Toutes les fois que cela se présente, cela a pour conséquence de faire par exception le *de cujus* mourir partie testat, partie intestat, ainsi que le remarquent les textes précités.

1. Constance et Julien, *C. Th.*, 2, 19, *De inoff. test.*, 4.

2. *In t.*, *h. t.*, 3. D'après *D.*, *h. t.*, 25, *pr.* le régime aurait existé dès le temps d'Ulpien ; mais la constitution citée n. 1, selon laquelle il fallait pour cela au temps de l'empereur Julien une clause expresse, prouve que le texte a été interpolé pour être mis d'accord avec un droit établi seulement par Justinien.

écartent la *querela*. Elle en diffère quant à la nature, en ce qu'au lieu d'être une action réelle permettant de suivre les biens en toute main, c'est une action personnelle contre l'héritier institué. Elle en différait aussi, à l'époque des Institutes, considérablement quant à l'effet, en ce que la *querela* faisait tomber le testament tandis que l'action en supplément le maintenait, en ce que l'action en supplément faisait seulement parfaire la quarte tandis que la *querela* faisait en principe tomber tout le testament. Mais la novelle 115 a encore atténué la différence par une autre restriction de la portée de la *querela*. Toujours dans le but de méconnaître le moins possible la volonté du *de cujus*, la *querela* dans les cas restreints où elle est encore admise (le testateur n'a rien laissé au légitimaire quelconque ou, contrairement aux prescriptions de la novelle, il n'a pas institué le légitimaire en ligne directe), n'entraîne plus que la rescision de l'institution d'héritier, elle supprime le titre de celui qui était institué en mettant à sa place le légitimaire qui, dans les limites de la quotité disponible, doit exécuter toutes les dispositions accessoires [1].

III. *Querela inofficiosae donationis, dotis* [2]. — Le système exposé protégeait les légitimaires contre les dispositions de dernière volonté, y compris les donations à cause de mort, mais non contre les dispositions entre vifs à titre gratuit. A ce point de vue, la liberté était entière et le resta pendant à peu près toute la période classique. Elle fut restreinte par des constitutions impériales qui étendirent le système de la *querela* aux donations et aux constitutions de dot et dont le point de départ paraît avoir été une constitution d'Alexandre Sévère [3].

La *querela* nouvelle permet de faire entrer dans le calcul des biens sur lesquels est due le légitime, même les biens dont le *de cujus* a disposé entre vifs à titre gratuit et de se plaindre quand ces libéralités atteignent la part due au légitimaire. Elle est donnée aux mêmes personnes que l'ancienne *querela*, elle est comme elle subordonnée à la condition que l'exclusion soit injuste et elle est soumise aux mêmes fins de non recevoir [4]. Mais elle n'opère pas, comme elle, en faisant tomber pour le

1. Nov. 115, c. 3, 14 ; c. 4, 9. Le légitimaire a du reste toujours intérêt à avoir la *querela* plutôt que l'action en supplément, non seulement à cause du droit de suite contre les tiers résultant du caractère réel de la *querela*, mais à cause du montant de son droit : par l'action en supplément, il n'obtiendra que la légitime ; par la *querela*, il peut obtenir beaucoup plus, s'il y a peu de dispositions dans le testament.

2. *C.*, 3, 29, *De inofficiosis donationibus* ; 3, 30, *De inofficiosis dotibus*. Cf. sur les détails, Windscheid, 3, § 586 et les renvois.

3. *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 87, 3.

4. Cf. sur l'assimilation, Constance, *C.*, 3, 29, *De inoff. don.*, 9. V. en particulier sur la nécessité d'une exclusion injuste, Nov. 72, c. 5, et sur l'identité des fins de non recevoir, *C.*, *h. t.*, 4 ; 6. La constitution d'Alexandre Sévère, n. 3, suppose en outre une intention dolosive du donateur qui est également relevée,

tout les dispositions qui atteignent la légitime : non seulement le légitimaire ne peut attaquer les dispositions entre vifs que si la chute des dispositions de dernière volonté ne suffit pas à le remplir de sa légitime et il ne peut attaquer la donation la plus ancienne qu'après la plus récente, mais, dans le régime qui a prévalu [1], elle n'entraîne pas nécessairement la nullité de la donation excessive : elle la fait simplement réduire [2].

C., *h. t.*, 1 ; 8. *F. V.*, 270, et dans laquelle certains interprètes voient une condition spéciale exigée pour la *querela* dirigée contre les donations ou les constitutions de dot ; mais aucun des textes qui mentionnent la fraude n'en parle comme d'une condition de l'action que d'autres textes accordent sans supposer rien de pareil. Cf. *C.*, *h. t.*, 2-7. *F. V.*, 271.280.282.

1. Alexandre Sévère, p. 881, n. 3, paraît bien avoir admis l'idée contraire ; mais elle a ensuite été abandonnée d'après *C.*, 3, 29, *De inoff. don.*, 8, *pr.* et *C.*, 3, 30, *De inoff. dot.*, 1.

2. On remarquera que les parents protégés par les deux théories de l'exhérédation et de la *querela* ne sont pas les seules personnes appelées à la succession à l'encontre d'un testament. Sans parler de la quarte accordée à la veuve pauvre qui lui revient nonobstant toute clause contraire (Nov. 53, c. 6), il faudrait encore citer le droit reconnu au patron à l'encontre des dispositions de l'affranchi. Nous laisserons de côté ici comme ailleurs la succession de l'affranchi. Mais il est nécessaire de noter que la *bonorum possessio dimidiae partis* donnée au patron et à ses descendants, même émancipés, à l'encontre du testament de l'affranchi fournit peut-être le plus ancien cas de *B. P. impugnandi juris civilis gratia* donnée *cum re* ; car Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 48, semble bien supposer que d'après l'édit de Verrès, dont l'innovation ne consiste pas en l'admission de cette *B. P.*, mais en sa concession à une descendante du patron, elle permettra d'enlever les biens à titre définitif à l'héritier testamentaire. Cf., sur le droit du patron et sur les actions Fabiana et Calvisiana qui sont données en conséquence à ce patron par le préteur contre les actes entre vifs, faits par l'affranchi en fraude de ses droits successoraux, la première au cas où l'affranchi meurt testat et la seconde au cas où il meurt intestat, Ad. Schmidt, *Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor*, 1858 ; Leist, dans Glück, série des livres 37 et 38, 5, 1879, pp. 425-566.

TITRE II

ACQUISITION ET RÉPUDIATION DE LA SUCCESSION

Au moment de la délation, ainsi à celui de la mort du *de cujus* pour l'héritier testamentaire institué purement et simplement, de la mort du *de cujus* décédé sans testament valable pour l'héritier ab intestat, la succession est offerte au successible ; mais cela ne veut pas toujours dire qu'elle lui soit acquise ni qu'elle s'impose à lui. Il y a des successibles pour lesquels l'acquisition se confond avec la délation et qui ne peuvent répudier, il y en a d'autres qui peuvent répudier, qui n'acquièrent que par acceptation. Nous aurons donc à étudier à la fois les modes et les effets de l'acquisition et de la répudiation ; puis nous indiquerons les voies de procédure accordées au successible comme sanction de son acquisition.

SECTION I. — Modes d'acquisition et de répudiation[1].

Il y a des héritiers pour lesquels la question des modes d'acquisition et de répudiation ne se pose pas, qui ne peuvent répudier et pour qui l'acquisition de l'hérédité a lieu de plein droit, par l'ouverture de l'hérédité à leur profit. Ce sont les héritiers nécessaires au sens large, se répartissant en deux catégories, toutes deux composées d'individus qui étaient, du vivant du *de cujus*, sous sa puissance domestique : ceux qui étaient sous sa *patria potestas* ou sa *manus*, qu'on appelle les héritiers siens, les héritiers siens et nécessaires (*heredes sui, heredes sui et necessarii*[2]) ; ceux qui étaient sous sa *dominica potestas* ou *in mancipio*, qu'on appelle les héritiers nécessaires tout court (*heredes necessarii*[3]).

Les héritiers siens et les héritiers nécessaires diffèrent en ce que les héritiers nécessaires ne peuvent être appelés qu'en vertu d'un testament, par conséquent à une succession testamentaire, qui peut d'ailleurs être celle d'un homme ou d'une femme, tandis que les autres peuvent être appelés à la succession testamentaire ou ab intestat, mais seulement d'un homme, les femmes ne pouvant avoir d'héritiers siens. Les uns et les autres sont nécessaires au sens large ; ils acquièrent l'hérédité de

1. *Inst.*, 2, 19, *De heredum qualitate et differentia*. *D.*, 29, 2, *De adquirenda vel omittenda hereditate*.
2. Gaius, 2, 156. 157. 159.
3. Gaius, 2, 153. 160.

plein droit, même à leur insu, même s'ils sont incapables de vouloir, même s'ils ne survivent qu'un instant de raison à la délation, à la mort du *de cujus*. Le motif est probablement, pour les *heredes sui*, qu'ils succèdent à des biens au milieu desquels ils étaient déjà et qui leur appartenaient en quelque sorte (p. 857) ; pour les héritiers nécessaires, qu'ils ont été mis par la volonté du défunt dans la même situation relativement à des biens au milieu desquels ils se trouvaient déjà.

Mais ce sont là les seuls héritiers forcés ; les autres successibles appelés par le droit civil (*heredes extranei, voluntarii*[1]), tous les successibles appelés par le droit prétorien à la *B. P.*, par exemple les émancipés appelés à la *B. P. unde liberi*[2], n'acquièrent la succession que par une manifestation de volonté ; ils peuvent la repousser. Il faut donc, pour eux et pour eux seuls, déterminer comment ils pourront l'accepter ou la répudier.

§ 1. — Acceptation.

L'acceptation doit, pour être valablement faite, être accomplie dans les formes prescrites, par une personne ayant qualité et à l'époque convenable.

I. Formes de l'acceptation. — Les formes de l'acceptation diffèrent pour l'acceptation de la succession civile (*aditio hereditatis*) et pour celle de la succession prétorienne (*bonorum possessionis petitio*).

1. Les procédés d'adition d'hérédité du droit civil sont, probablement dans leur ordre d'ancienneté, la *cretio*, la *gestio pro herede* et la *nuda voluntas*[3].

a) *Cretio*[4]. La *cretio* (de *cernere*) est une déclaration orale en termes sacramentels[5] faite en présence de témoins[6]. Il est vraisemblable qu'anciennement ce procédé d'adition solennel était le seul admis pour tous les héritiers testamentaires et même pour les héritiers quelconques[7]. A

1. Gaius, 2, 161.
2. Ulpien, *D.*, 37, 1, *De B. P.*, 3, 3.
3. Gaius, 2, 167 (p. 885, n. 1).
4. Cf. Danz, *Gesch. d. röm. Rechts*, 2, 1873, § 174. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 896-898 et les renvois. Ajouter Lévy-Bruhl, *N. R. H.*, 38, 1914-1915, pp. 153-183.
5. La formule rapportée par Gaius, 2, 166, pour l'héritier institué *cum cretione* est : *Quod me P. Mevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*. Formule plus brève : Ulpien, *Reg.*, 22, 28. Elle devait être prononcée oralement. Gaius, 2, 166 : *Cernere id est haec verba dicere*. V. les deux titres égyptiens d'adition *cretione* de l'an 170, *Textes*, pp. 805-806.
6. Varron, *De l. L.*, 6, 81 : *Itaque in cretione adhibere jubent testes*. Cicéron, *Ad Att.*, 13, 46,3 : *Ex eo cognovi cretionem Cluvii (o Vestorium negligentem !) liberam cretionem, testibus praesentibus, sexaginta diebus*. Fragment d'Autun, 42 (*Textes*, p. 360) : *Debet ergo adhibere amicos quibus praesentibus haec verba dicat*. A la vérité, les deux premiers textes, se rapportant à une disposition du testateur qui prescrit le concours des témoins, ne prouvent pas positivement qu'il soit nécessaire partout, et le troisième ne le requiert que dans un but probatoire. Il nous paraît cependant à peu près commandé par la nature de l'acte.
7. Il semble en effet difficile qu'on ait fait exception, précisément pour un acte

l'époque classique, il est accessible aux uns et aux autres [1], mais il n'est imposé qu'à ceux qui ont été institués héritiers par une disposition leur prescrivant de faire adition de cette manière dans un certain délai, ordinairement cent jours [2], soit cent jours continus (*cretio continua*), soit plus souvent cent jours utiles tant *ratione cursus* que *ratione initii* (*cretio vulgaris*) [3]. Encore finit-on par admettre que cette nécessité s'imposerait seulement au cas de *cretio perfecta*, c'est-à-dire à celui où l'institué *cum cretione* était déclaré exhérédé s'il ne procédait pas à la *cretio* dans le délai prescrit [4]. La *cretio* elle-même n'existe plus sous Justinien [5].

b) *Pro herede gestio.* On accepte l'hérédité *pro herede gerendo*, en faisant des actes par lesquels on manifeste sa volonté de se comporter

aussi important que l'adition d'hérédité, au système formaliste qui domine tout l'ancien droit. D'autre part, la multiplicité de procédés du droit nouveau doit ici comme partout être plutôt le produit d'une juxtaposition que celui d'une génération simultanée contraire à la pauvreté de formes habituelles du vieux droit. Nous ne croyons donc pas que la *cretio* ait tiré son origine des habitudes des testateurs, mais au contraire qu'ils n'ont fait dans les testaments que régler d'une manière spéciale la *cretio* à laquelle était anciennement astreint, pour faire adition d'hérédité, tout héritier testamentaire ou ab intestat. Ce qu'on pourrait se demander, c'est si la *cretio* faite en dehors de toute institution *cum cretione* ne devait pas elle-même être accomplie dans un certain délai et si le délai de cent jours des crétions testamentaires ne serait pas une reproduction du délai de droit commun.

1. Après avoir parlé des héritiers institués *cum cretione*, Gaius, 2, 167, continue en disant : *At is qui sine cretione heres institutus sit aut qui ab intestato legitimo jure ad hereditatem vocatur potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.*

2. Formule donnée par Gaius, 2, 165, et Ulpien, *Reg.*, 22, 27 : *Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus scies poterisque : nisi ita creveris exheres esto.* Gaius, 2, 170, dit qu'en droit civil le testateur peut fixer un délai plus long ou plus court, mais que, s'il est plus long, le préteur peut intervenir pour le réduire.

3. La formule citée n. 2 est une formule de *cretio vulgaris*, ainsi nommée parce qu'elle est la plus habituelle, où on ne compte que les jours où l'institué a connu sa vocation et a pu faire la *cretio* (cf. p. 741, n. 2). Dans la formule de la *cretio continua*, on supprime les mots *quibus scies poterisque* et en conséquence le délai court de l'ouverture de la succession, même à l'insu de l'héritier, même quand il est dans l'impossibilité de *cernere*. Cf. Gaius, 2, 171-173, Ulpien, *Reg.*, 22, 31-32.

4. La *cretio* de la formule citée n. 2 est une *cretio perfecta*. La *cretio* est *imperfecta* si elle porte simplement : *Si non creveris, Mevius heres esto.* On a admis au second cas qu'en acceptant dans le délai par *negotiorum gestio*, l'institué acquerrait l'hérédité en concours avec le substitué, puis même, en vertu d'une constitution de Marc-Aurèle, qu'il l'exclurait (Ulpien, *Reg.*, 22, 34 ; cf. Gaius, 2, 177. 178).

5. La *cretio* est encore souvent représentée comme ayant été abolie en 407 par une constitution de Théodose, Honorius et Arcadius, *C.*, 6, 30, *De jure delib.*, 17 : *Cretionum scrupulosam sollemnitatem hac lege penitus amputari decernimus.* Mais, en se reportant à la version plus fidèle donnée *C. Th.*, 8, 18, *De bonis maternis*, 8, 1, on peut reconnaître que la *cretio* y est exclusivement abolie pour les hérédités déférées aux enfants en puissance suivant un mouvement parallèle à l'organisation des biens adventices dont on trouve d'autres traces, soit auparavant (*C. Th.*, *h. t.*, 1 ; 2 ; 4 ; 5), soit après (*C. Th.*, 4, 1, *De cretione*, 1). Cf. p. 887, n. 8.

comme le maître de la succession, par exemple, en aliénant des biens héréditaires ou en poursuivant des débiteurs héréditaires [1].

c) *Nuda voluntas* [2]. L'acceptation *nuda voluntate* résulte d'une manifestation de volonté, ainsi de ce qu'on a pris la qualité d'héritier dans un acte quelconque. C'est, dans le droit de Justinien, l'acceptation expresse à côté de l'acceptation tacite résultant de la *gestio pro herede*.

2. En droit prétorien, l'acceptation, nécessaire pour faire acquérir la *bonorum possessio*, résulte d'une requête adressée au magistrat et admise par lui (*Bonorum possessionis petitio, agnitio*) [3]. Cette requête devait anciennement être adressée en termes sacramentels à un magistrat supérieur, au préteur à Rome, au gouverneur dans les provinces. Le droit chrétien décida qu'elle pourrait être formée en termes quelconques devant un magistrat quelconque [4]. Quant à la réponse [5], le magistrat répondait en général de suite, sans examen, en accordant la *B. P.*, sous réserve qu'elle était demandée dans les conditions de l'édit, mais sans les vérifier, sauf aux intéressés à plaider ensuite, le cas échéant, sur ce point (*B. P. edictalis*). Dans quelques cas dont le régime est vraisemblablement un vestige de ce qui fut le système primitif (p. 808), il procédait à un examen sommaire (*causae cognitio*) et statuait par décret après un débat contradictoire (*B. P. decretalis* [6]).

888, n. 2. L'abolition générale ne paraît donc dater, en droit, que du remaniement de cette constitution par Justinien.

1. *Inst. h. t.*, 7. Cependant ces actes ne constitueraient pas une adition d'hérédité si l'appelé spécifiait d'avance sa volonté de ne pas les faire dans cette intention ou la prouvait après coup (*D.*, *h. t.*, 20, *pr.* 1).

2. Gaius, 2, 167 (p. 885, n. 1). Cf. sur l'antériorité probable de la *gestio pro herede* à la *nuda voluntas* comme mode d'adition d'hérédité, Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 905-907.

3. Exemples concrets de l'an 249, *Textes* pp. 810-811 et de l'an 258, *P. Oxy*, IX, 1201.

4. Régime ancien : paraphrase des *Inst.*, 3, 9, *De B. P.*, 10. Régime nouveau établi, en 339, par les fils de Constantin, *C.*, 6, 9, *Qui admitt. ad B. P.*, 9. Certains auteurs soutiennent que, sous Justinien, la *B. P.* peut être acquise, sans déclaration faite devant aucun magistrat, par une simple manifestation de volonté sans forme (*Inst.*, 3, 9, *De B. P.*, 12).

5. Cf. Ulpien, *D.*, 37, 1, *De B. P.*, 3, 8, et surtout la scolie des Basiliques, 45, 2, 29.

6. Les principaux cas de *B. P. decretalis* sont : 1° la *B. P.* accordée à titre provisoire à la mère d'un héritier présomptif seulement conçu, *D.*, 37, 9, *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus* ; elle est déjà connue de Ser. Sulpicius et de Labéon (*D.*, *h. t.*, 1, 24.28 ; sur le curateur, cf. p. 240, n. 4). 2° la *B. P.* accordée en vertu de l'édit Carbonien à un impubère dont la filiation est contestée en attendant l'issue du procès qu'on ajourne à l'époque de sa puberté (*D.*, 37, 10, *De Carboniano edicto*) ; elle est déjà connue de Labéon, *D.*, *h. t.*, 9, et vient probablement d'un des Papirii Carbones, préteurs au VII° siècle, surtout si on ne la considère pas malgré certaines apparences (*D.*, *h. t.*, 3 ; place dans l'édit : Lenel, *Edictum*, § 148), comme postérieure à la *B. P. contra tabulas* ; cf. Schmidt, *Formelles Recht d. Notherben*, p. 70, n. 13 ; 3° la *B. P.* accordée sur la demande du curateur du fou avant que son retour à la raison lui permette de la demander lui-même ou que sa mort en entraîne déchéance pour lui (p. 887, n. 2).

II. Conditions relatives à l'acceptant. — L'acceptation étant une manifestation de volonté de l'acceptant qui entraîne soit pour lui, soit pour ceux qui l'ont en puissance, à la fois acquisition de l'actif et obligation au passif héréditaire : 1° il ne peut la faire que purement et simplement[1] ; 2° il ne peut y procéder qu'à condition d'être à même d'avoir une volonté, de n'être ni fou ni *infans*, et de savoir que la succession lui est déférée[2] ; 3° il doit, si c'est un individu *sui juris* incapable de s'obliger seul, être muni du concours de son tuteur ou de son curateur, au point de vue de la capacité de s'obliger[3], et, si c'est une personne en puissance, être habilité par l'adhésion du chef de famille (*jussum patris aut domini*) auquel il fera passer le passif en même temps que l'actif[4] ; 4° cette manifestation de volonté doit, dans l'ancien droit civil, émaner de lui-même sans qu'il puisse être remplacé par personne ; 5° enfin, à un point de vue tout différent, si c'est un héritier testamentaire, il doit avoir, depuis une certaine époque, la capacité spéciale de recueillir (*jus capiendi, capacitas*) distincte de la *factio testamenti*. Les deux dernières conditions demandent seules quelques explications.

1. D'après l'ancien droit civil, l'adition d'hérédité doit émaner du successible lui-même[5]. C'est un acte personnel entre tous pour lequel il ne peut être remplacé par personne. Si la succession est déférée à un *infans* ou à un fou, elle ne peut être acquise par lui, avant qu'il soit sorti de l'*infantia*, qu'il soit revenu à la raison[6]. S'il meurt auparavant, elle sera perdue. Cette solution commandée par les principes de l'ancien droit, notamment par ceux de la *cretio*, l'était moins par ceux du droit prétorien, où la demande de la *B. P.* est en somme un acte de procédure auquel on peut, semble-t-il, appliquer la règle selon laquelle la représentation judiciaire est admise dans le système formulaire. On l'a en effet admise pour le mandataire de la personne capable[7], pour le père de l'*infans*, pour le tuteur de l'impubère[8], mais moins facilement

1. *D.*, 29, 2, *De A. vel O. H.*, 51, 2. *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 77.

2. Enfant, fou : *D.*, *h. t.*, 9 (cf. sur la définition de l'*infans*, la p. 203, n. 4) ; 63. Volonté éclairée : Papinien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 76 (Lenel, 314) ; nombreuses applications dans les textes, par exemple *D.*, *h. t.*, 17, *pr.* ; 19 ; 32, 2.

3. L'impubère ne pouvait accepter sans l'*auctoritas tutoris* (*D.*, *h. t.*, 8, *pr.*), ni, dans le dernier état du droit, le mineur en curatelle sans le *consensus curatoris* (*C.*, 5, 37, *De adm. tut.*, 26). Au contraire, le prodigue interdit peut accepter sans aucun concours (*D.*, *h. t.*, 5, 1).

4. Gaius, 2, 87. *D.*, *h. t.*, 6, *pr.* Cf. p. 835.

5. Même de l'esclave, *D.*, 36, 1, *Ad S. C. Trebell.*, 67 (65), *pr.*

6. Justinien, *C.*, 5, 70, *De cur. fur.*, 7, 3, parle cependant de controverses qui auraient existé entre les jurisconsultes sur le point de savoir si le fou pouvait faire adition d'hérédité ou demander la *B. P.* Mais tout montre que la négative avait été admise.

7. *D.*, 37, 1, *De B. P.*, 3, 7.

8. Le tuteur le peut jusqu'à la fin de l'impuberté, le père seulement jusqu'à celle de l'*infantia* : *D.*, 37, 1, *De B. P.*, 7, 2 ; 8. C'est pourquoi une constitution relative à ce point, de l'an 405, *C. Th.*, 8, 18, *De bon. mat.*, 8, *pr.* puis une autre

pour le curateur du fou qui peut seulement obtenir la *B. P.* à titre provisoire comme *B. P. decretalis*[1]. Quant au droit civil récent, le système de représentation des incapables admis par le préteur pour la *B. P.* a été étendu par lui à l'adition d'hérédité, pour le père et le tuteur de l'*infans*[2], mais non pour le père ou le tuteur de l'impubère, ni pour le père ou le curateur du fou[3], pas plus que pour le mandataire d'une personne capable.

2. Le *jus capiendi* est requis des héritiers testamentaires, à côté de la *testamenti factio*, dans deux cas principaux :

a) Le cas le plus important juridiquement est celui des célèbres lois caducaires, des lois Julia de 736 et Papia Poppaea de 762[4] rendues sous Auguste dans le but de combattre le célibat et de relever la natalité. Ces lois exigent[5], d'une part, que les hommes, de l'âge de 25 ans à celui de 60, et les femmes, de celui de 20 à celui de 50, vivent en état de mariage[6], et, d'autre part, qu'ils aient, les hommes au moins un

const. de 426, *C.*, 6, 30, *De jure delib.*, 18, *pr.* ont remplacé en cette matière le moment où l'enfant pourrait parler par l'âge fixe de sept ans (p. 203, n. 4).

1. *D.*, 37, 3, *De B. P. furioso*, 1.

2. C'est l'objet des const. de 407 et de 426, p. 887, n. 8, qui appliquent à ce point de vue les mêmes règles à l'adition d'hérédité et à la *B. P.* On remarquera le rapport de cette innovation avec l'abolition partielle de la *cretio* faite par la première et visée aussi par une autre partie de la seconde rapportée, *C. Th.*, 4, 1, *De cretione*, 1. Cf. p. 885, n. 5.

3. L'innovation annoncée en termes pompeux par Justinien, *C.*, 5, 70, *De curat. fur.*, 7, 3. 7. 8, se borne à autoriser et même à inviter les curateurs, si la succession est avantageuse, à demander, pour le fou, une *B. P.* dont le bénéfice n'est pas plus définitif que celui de la *B. P. decretalis* antérieurement accordée *cognita causa* par le préteur (p. 886, n. 6).

4. On réunit souvent les deux lois sous le nom collectif de *lex Julia et Papia*. Sur la distinction, possible en partie seulement, des dispositions dues à la première loi et à la seconde, cf. P. Joers, *Ueber d. Verhältniss der Lex Julia de marit. ord. zur Lex Papia Poppaea*, 1882. La date de la loi Papia Poppaea votée sous des consuls suffects de l'an 762 de Rome = 9 ap. J.-C. est indiscutée. Quant à la loi Julia *de maritandis ordinibus*, on la place souvent en 757, en disant qu'une première tentative d'Auguste aurait échoué en 736. Mais la première tentative infructueuse, à laquelle fait par ex. allusion Properce, 2, 7 (en 728-729 : Teuffel, 2, § 246, n. 3 ; Schanz, 2, 1, p. 178 ; cf. Fr. Plessis, *Etudes sur Properce*, 1884, pp. 220-224), eut lieu en 726, et la vérité de l'admission de la loi en 736 (Dion Cassius, 54, 16 ; *Mon. Ancyr. Gr.*, 3, 11, 21) résulte non seulement de la concession du *jus liberorum* établi par elle, faite en 745 à Livie (Dion, 55, 2), mais avant tout de la disposition du sénatus-consulte sur les jeux séculaires du 23 mai 737 qui relève, pour ces jeux, de leur incapacité générale d'assister aux jeux les personnes qui *lege de marita*[*ndis ordinibus tenentur*] : v. le texte et le commentaire de Mommsen, *Ges. Schr.*, 8, 1913, p. 592. Les témoignages qu'on invoque pour l'an 757 (Suétone, *Aug.*, 34 ; Dion Cassius, 56, 17), montrent au contraire qu'il y avait alors déjà une loi dont Auguste entreprenait l'accentuation, atteinte, non sans peine, en 762 par la loi Papia Poppaea. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 1, p. 617.

5. Cf. Hartmann, *Z. R. G.*, 5, 1866, pp. 219-255. Nous indiquons les solutions qui nous semblent les meilleures, sans entrer dans le détail des controverses.

6. Ulpien, *Reg.*, 16, 1. Anciennement la capacité revenait aux personnes de plus de 60 ou de 50 ans, même quand elles n'avaient jamais été mariées : cela fut aboli par un sénatus-consulte à la suite duquel d'autres sénatus-consultes s'occupèrent à leur tour de régler quand un mariage postérieur serait tenu pour

enfant légitime, les femmes, au moins trois enfants, si elles sont ingénues, et quatre, si elles sont affranchies [1]. En conséquence, à moins d'exceptions résultant d'une dispense légale (*solidi capacitas*, accordée notamment aux cognats jusqu'au 6e degré et aux proches alliés [2]) ou d'une faveur individuelle de l'autorité [3], ces lois frappent : les personnes en âge d'être mariées qui ne le sont pas (*caelibes*) d'une incapacité totale de recueillir ; les hommes mariés n'ayant pas d'enfants (*orbi*) ou les femmes mariées n'ayant pas le nombre d'enfants requis, d'une incapacité de moitié ; peut-être aussi d'une incapacité de moitié, les hommes veufs ou divorcés ayant des enfants (*patres solitarii*) [4]. En outre, elles frappent les époux qui n'ont pas d'enfants vivants de leur mariage d'une incapacité partielle de recevoir l'un de l'autre, graduée selon le nombre de leurs enfants décédés ou nés d'une autre union [5]. Mais, conformément au but de la loi, il suffit, pour avoir la capacité (*jus capiendi*) totale ou partielle, de s'être mis en règle avec ses prescriptions dans les cent jours qui suivent la délation de la succession [6]. Les premières incapacités ont été effacées par Constantin et celle entre époux par Honorius et Théodose II [7].

b) L'incapacité un peu plus ancienne établie par la loi Junia (p. 128) pour les Latins Juniens, qui avaient la *factio testamenti* passive, mais qui ne pouvaient *capere hereditatem* à moins d'être devenus citoyens dans les cent jours de la délation de l'hérédité, a duré jusqu'à Justinien (p. 129, n. 6) ; il l'a abolie en transformant ces affranchis en affranchis citoyens (p. 130, n. 3).

III. Epoque de l'acceptation. — A partir de quand la succession peut-elle être acceptée ? Jusqu'à quand peut-elle l'être ?

efficace : Ulpien, 16, 3. 4. Délai de viduité accordé aux femmes divorcées ou veuves : Ulpien, 14, 1.

1. Hommes : *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 148. Un sénatus-consulte rendu sous Néron décida qu'on ne tiendrait pas compte des enfants adoptifs (Tacite, *Ann.*, 15, 19). Femmes : Paul, *Sent.*, 4, 9, 1. 7. Dans une autre opinion (Accarias, 1, p. 1006), il suffirait aux femmes elles-mêmes d'avoir un seul enfant légitime.

2. Cognats jusqu'au 6e degré et enfants de cousins germains (*sobrino nati*) au 7e : *F. V.*, 216. 217 ; alliés : *F. V.*, 218. 219. Il y a d'autres exceptions, ainsi les institués des militaires : Gaius, 2, 111.

3. V. sur ces dispenses totales ou partielles, d'abord accordées par le Sénat (ainsi à Livie, p. 888, n. 4), puis par le prince (ainsi à Suétone, Pline, *Ep. ad Traj.*, 2, 94), Mommsen, *Dr. publ.*, 5, pp. 166-167.

4. *Caelibes* : Gaius, 2, 286. *Orbi*, *orbae* : Gaius, 2, 286 *a*. *Pater solitarius* : Ulpien, *Reg.*, 13 (rubrique).

5. A moins d'avoir la *solidi capacitas* comme cognats au 6e degré, ou d'avoir perdu un enfant depuis moins de six mois, ou d'en avoir perdu un impubère, ou d'en avoir perdu deux âgés de plus de neuf jours, ils ne pouvaient recevoir l'un de l'autre plus de 1/10 en capital, auquel s'ajoutait 1/10 par enfant défunt ou né d'un autre mariage (d'où le nom de *lex decimaria*), et d'un tiers en usufruit. Ulpien, *Reg.*, 15 ; 16.

6. Ulpien, *Reg.*, 17, 1. 22, 3. *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 52.

7. C., 8, 57 (58), *De infirm. poen.*, 1 ; 2.

1. Le successible ne peut accepter, avant que la succession soit ouverte à son profit personnel [1].

2. Quant à la fixation du moment après lequel il ne peut plus accepter, elle demande beaucoup plus de détails.

En principe, la succession une fois déférée au successible l'attend. Il a le droit de ne la prendre que quand il veut. Jusque-là elle est jacente (*hereditatis jacet*), elle est sans maître (*sine domino*) [2]. Les inconvénients de cette situation ont été atténués à l'aide de fictions, notamment de la fiction selon laquelle le défunt est réputé se survivre en l'hérédité dans l'intérêt de l'héritier futur et, par conséquent, les esclaves héréditaires peuvent procéder aux actes utiles en empruntant la personnalité du maître décédé [3]. Cependant la situation reste nuisible soit à la mémoire du défunt, auquel elle donne l'air d'être mort insolvable, qui ne reçoit pas de culte domestique, soit aux créanciers, qui ne savent qui poursuivre, surtout à l'époque ancienne où la seule exécution est celle sur la personne, soit enfin aux personnes appelées à défaut de l'héritier inactif, substitués, héritiers ab intestat, etc. La durée de l'incertitude est restreinte par un certain nombre de causes de déchéance, qui n'ont pas toutes été inventées dans ce but, mais qui ont ensuite été utilisées et multipliées pour l'atteindre, pour rendre au bout d'un certain temps étranger à la succession le successible qui n'aura pas usé de la faculté d'accepter.

a) L'ancien droit civil considère la faculté d'accepter comme éteinte : 1° par la mort du successible (*hereditas non adita non transmittitur*) [4] ; 2° par la survenance d'une incapacité dans sa personne : en particulier l'héritier institué doit avoir la *factio testamenti* non seulement lors de la confection du testament et lors de l'ouverture de la succession, mais

1. *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 21, 2. Cette ouverture de la succession au profit de l'acceptant pouvait être beaucoup plus tardive que l'ouverture générale résultant de la mort ou de l'ouverture du testament, par exemple pour l héritier ab intestat appelé à défaut d'héritier testamentaire, pour le *bonorum possessor* appelé à défaut d'un ou de plusieurs autres. En conséquence, le préteur permettait parfois à la personne appelée à défaut d'une autre de demander la *B. P.* par anticipation (*D.*, 38, 17, *Ad S. C. Tertull.*, 1, 1) et le droit chrétien le lui a permis d'une manière générale (*C.*, 6, 9, *Qui admitti ad B. P.*, 9).

2. *Hereditas jacet* : *D.*, 43, 24, *Quod vi aut clam*, 13, 5. Gaius, *D.*, 1. 8, *De D. R.*, 1; *pr.*, dit que les choses héréditaires sont sans maître. Cf. sur l'hérédité jacente, de Ihering, *Abhandlungen des römischen Rechts,* 1, 1831. A. Pernice, *Labeo,* 1, pp. 358-375.

3. On suivit, d'abord, semble-t-il, une voie consistant à considérer l'héritier qui a accepté comme ayant acquis l'hérédité au jour de la mort du *de cujus* : idée déjà soutenue par Cassius contre Proculus (*D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 28, 4) et qui se retrouve par la suite (Florentinus, *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 54). Mais, pour arriver à un résultat complet et immédiat, Julien proposa d'admettre plutôt qu'*hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet* (*D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 33,2 ; 34). On a finalement admis, suivant les besoins, les deux idées (Modestin, *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 35).

4. Justinien, *C.*, 6, 51, *De cad. toll.*, 1, 5 : *Hereditatem enim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur.*

lors de l'acceptation (*inspectio trium temporum*), et, tandis que la survenance momentanée d'une incapacité entre les deux premiers événements ne lui nuit pas, sa survenance entre le second et l'acceptation entraîne pour lui déchéance définitive de la faculté d'accepter[1] ; 3° ensuite plus rapidement que par la mort et plus fréquemment que par la survenance d'une incapacité, pour l'héritier institué *cum cretione*, par l'expiration du délai de la *cretio*[2] ; 4° enfin par l'accomplissement de l'*usucapio pro herede*[3], qui fait acquérir au premier occupant par un an, sans juste titre ni bonne foi, l'hérédité qui n'a pas été recueillie par l'héritier externe appelé[4]. Cette usucapion et l'occupation licite qui lui sert de point de départ sont même expressément présentées par Gaius comme ayant été inventées pour forcer l'héritier à prendre parti[5]. Il est plutôt à croire que ce furent là d'abord des conséquences toutes naturelles du principe selon lequel le premier venu peut s'emparer sans *furtum* des biens sans maître et de celui qui permettait d'acquérir par la possession prolongée sans titre ni bonne foi les choses qu'on avait appréhendées sans *furtum*[6] et que tout le rôle des jurisconsultes a consisté à faire admettre que l'usucapion s'appliquait à l'hérédité, pour astreindre celui qui en profitait aux charges héréditaires[7]. Il n'en reste pas moins vrai que, tant qu'on a considéré l'usucapion comme s'appliquant à l'hérédité, l'accomplissement de l'usucapion a entraîné pour l'héritier appelé déchéance de la faculté d'accepter.

1. *Inst.*, 2, 19, *De her. qual.*, 4.
2. Gaius, 2, 166. Cf. pour la *cretio imperfecta*, Gaius, 2, 178. On remarquera que la cause de déchéance s'appliquait anciennement à tous les héritiers, si on admet que l'adition devait à l'origine toujours être faite *cretione* et dans un délai fixe (p. 884, n. 7).
3. Gaius, 2, 52-56. Cf. de Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884, pp. 137-171.
4. Elle ne peut fonctionner en face d'héritiers siens ou d'héritiers nécessaires, ainsi qu'on le sait depuis longtemps pour les héritiers siens (Dioclétien, *C.*, 7, 29, *De us. pro her.*, 2) et que deux passages de Gaius déchiffrés par Studemund, 2, 58. 3, 201, l'ont établi pour les héritiers nécessaires, parce qu'alors les choses ne sont pas sans maître et ne peuvent donc être appréhendées sciemment sans *furtum* (Gaius, 3, 201).
5. Gaius, 2, 55.
6. V. pour le premier point, p. 412, n. 3 et pour le second, p. 311, n. 2.
7. Logiquement on eût dû plutôt dire que l'usucapion s'appliquait aux choses héréditaires. La doctrine immédiatement postérieure aux XII Tables, la doctrine pontificale a pu, sans trop de peine, tant à cause des pouvoirs larges qu'elle tirait alors de l'ignorance juridique du peuple (p. 823) que par suite du peu de différence qu'il y a pour des intelligences peu aiguisées entre l'hérédité et ce qui la compose, décider qu'elle s'appliquait à l'hérédité elle-même. Il en résulte à la vérité que l'usucapion est accomplie, même pour les immeubles, par un an ; mais, en revanche, l'usurpateur, devenu *heres* par l'expiration du délai de l'usucapion, sera tenu des *sacra* en face des pontifes, dont c'était l'intérêt à dégager cette idée, et sera tenu des dettes en face des créanciers héréditaires, qui pourront se payer sur lui comme sur le défunt, quelle que soit la valeur des choses héréditaires, quand bien même il n'en aurait pris qu'une parcelle, puisque l'usucapion ne le rend pas propriétaire de cette chose concrète, mais héritier.

b) Le préteur, qui n'effaça aucune de ces causes de déchéance, en établit, dans l'intention certaine de forcer les héritiers à prendre parti, deux nouvelles : l'une pour le *bonorum possessor*, l'autre pour l'héritier civil.

Pour déterminer les personnes appelées à la *B. P.* à accepter vite, il a décidé que la délation de la *B. P.* ne durerait qu'un certain temps. Il a transporté à tous les *bonorum possessores* le système résultant de l'institution *cum cretione* pour les héritiers institués *cum cretione vulgari*. La *B. P.* doit, pour être obtenue, être demandée dans un certain délai depuis qu'on a pu la demander, dans un délai utile, non seulement *ratione initii*, mais *ratione cursus*, qui est en principe, comme l'était souvent celui de la *cretio*, de cent jours, qui est porté par exception à un an pour les successibles en ligne directe[1].

Restent les héritiers du droit civil institués *sine cretione* ou appelés ab intestat. En face d'eux, le préteur a créé l'institution du *spatium deliberandi*[2]. Le préteur donne aux créanciers et peut-être aux autres intéressés le droit d'amener devant lui l'héritier qui n'a pas pris parti et de lui demander *an heres sit*, s'il accepte ou non la succession. Alors, s'il ne veut pas répondre immédiatement, il doit demander au préteur de lui accorder, pour se décider, un délai qui est ordinairement de cent jours (*spatium deliberandi*)[3]. S'il ne répond rien ou s'il n'a pas accepté au bout de ce délai, le préteur le tient pour renonçant, ce qui ne supprime pas sa vocation civile, mais ce qui fait les choses se passer *jure praetorio* comme s'il avait renoncé[4].

c) A l'époque de Justinien, on trouve une nouvelle cause de déchéance, la prescription extinctive de trente ans, établie en 424 pour toutes les actions personnelles et réelles par Théodose II (p. 309, n. 1) et applicable à la pétition d'hérédité comme à toutes les autres actions. Mais il y a plusieurs des causes anciennes qui ont disparu et d'autres dont la portée s'est atténuée. L'*usucapio pro herede*, que, dès avant la fin de la République, on considérait comme portant sur les *res hereditariae* et non pas sur l'hérédité[5], et qui par suite n'entraînait plus déchéance rigoureuse de la faculté d'accepter, si elle enlevait tout intérêt à en user, fut abolie

1. *Inst.*, 3, 9, *De B. P.*, 9.
2. Gaius, 2, 167 ; *D.*, 28, 8 ; *C.*, 6, 30 : *De jure deliberandi*. Cf. Dedekind, *Das Deliberationsrecht des Erben*, 1870.
3. Gaius, 2, 167. *D.*, *h. t.*, 1, 1. 2 ; 2. *C.*, *h. t.*, 9. L'héritier lui-même pourrait spontanément demander un *spatium deliberandi* (*D.*, *h. t.*, 5, *pr.*) pour se mettre à même d'inventorier les papiers héréditaires, etc.
4. Vente des biens à défaut d'autre appelé : Gaius, 2, 167. Délation de la succession à d'autres appelés qui devront à leur tour être interrogés et pourront demander un délai : *D.*, *h. t.*, 10. *D.*, 29, 2, *De A. vel. O. H.*, 69.
5. Gaius, 2, 54. L'époque de ce changement est discutée. Il était, à notre avis, déjà fait au temps de P. Mucius Scaevola, cos. 621, où l'édit des pontifes astreint à cause de cela, par des dispositions distinctes, aux *sacra* l'héritier et celui qui a pris la plus forte part des biens (Cicéron, *De leg.*, 2, 48. 49).

sous Hadrien par un sénatus-consulte permettant d'agir en restitution, *rescissa usucapione*, contre celui qui en avait bénéficié [1], et Marc-Aurèle fit même, de l'usurpation des choses héréditaires, un délit public (*crimen expilatae hereditatis*) [2]. La *cretio* n'existe plus (p. 885, n. 5). La déchéance résultant de la mort subsiste toujours, quoique avec quelques atténuations admises notamment par Théodose au profit des descendants dont l'auteur n'a pu accepter parce que le testament n'a pas été ouvert (*transmissio Theodosiana*) et par Justinien pour le temps restant au profit des héritiers du successible mort dans l'année sans avoir pris parti (*transmissio Justinianea*) [3]. Celle résultant de la survenance d'une incapacité reste intacte. Mais les deux déchéances prétoriennes ont été profondément remaniées. L'expiration du délai dans lequel est accordée la *B. P.* n'a plus la sanction rigoureuse d'autrefois : le successible peut encore demander ensuite la *B. P.*, s'il a omis de le faire par négligence, oubli, etc. [4]. Quant au *spatium deliberandi*, Justinien, qui a modifié le délai, a renversé en outre les effets de son expiration en décidant que le successible qui n'aurait pas pris parti auparavant, étant réputé en faute, serait, contrairement à la logique du droit romain, réputé acceptant [5]. Cela fait, en résumé, qu'en dehors de la mort du successible survenue plus d'un an après l'ouverture de la succession ou de la survenance d'une incapacité dans sa personne, la faculté d'accepter ne s'éteint plus que par la prescription trentenaire.

§ 2. — Répudiation. *In jure cessio hereditatis.*

Le successible qui n'est pas un héritier nécessaire étant à Rome étranger à la succession jusqu'à ce qu'il l'ait acceptée, il y a répudiation par cela seul qu'il n'y a pas d'acceptation valable dans les délais, sauf l'exception faite par Justinien pour la personne qui laisse écouler le *spatium deliberandi*. Cela n'empêche pas que, même avant Justinien, pour éviter des contestations, le successible fera souvent sagement de renoncer expressément. Il le peut, à moins d'être institué *cum cretione* [6], dans des formes quelconques, à partir du moment où la succession lui est

1. Gaius, 2, 57.
2. Marcien, *D.*, 47, 19, *Expil. her.*, 1.
3. *Transmissio Theodosiana* : *C.*, 6, 52, *De his qui ante apertas tabulas*, 1. *Transmissio Justinianea* : *C.*, 6, 30, *De jure delib.*, 19. Cf. sur ces deux cas et d'autres moins importants (*transmissio ex capite restitutionis in integrum*, *ex capite infantiae*) Dernburg-Sokolowski, § 546 et les renvois.
4. *C.*, 6, 9, *Qui admitti ad B. P.*, 8.
5. *C.*, 6, 30, *De jure del.*, 22, 14 *a*. La même const. 22, 13, décide que le délai pourra être de neuf mois, quand il sera accordé par le magistrat, et d'un an, quand il le sera par l'empereur.
6. Gaius, 2, 169. Au cas où il est institué *cum cretione*, il peut, nonobstant toute manifestation de volonté contraire, accepter jusqu'à l'expiration du délai (Gaius, 2, 168).

déférée ; mais il doit, quant au fond, réunir dans sa personne, pour renoncer, les mêmes conditions que pour accepter [1]. La seule différence est que les dérogations admises pour permettre au père ou au tuteur d'accepter, *jure praetorio* ou *jure civili,* à la place de l'incapable n'ont jamais été étendues à la renonciation.

On peut, d'autre part, ajouter qu'il existait, avant Justinien, un acte qui, tout en ne rentrant pas dans la notion de la répudiation et en n'en produisant pas les effets, rendait l'héritier appelé par le droit civil étranger à l'hérédité. C'était l'*in jure cessio hereditatis* faite au profit d'un tiers quelconque par l'héritier ab intestat qui n'avait pas encore fait adition [2]. Cette *in jure cessio* faite par l'héritier sur le simulacre de pétition d'hérédité du tiers dans les formes ordinaires de l'*in jure cessio* (p. 299, n. 1) avait pour effet, quand elle avait lieu après l'adition, de faire passer les choses corporelles au tiers, mais en éteignant les créances héréditaires et en n'empêchant pas l'héritier de rester tenu des dettes héréditaires [3]. Quand elle était faite avant l'adition par un héritier testamentaire, elle était nulle. Mais, si elle était faite avant l'adition par un héritier ab intestat au profit d'un tiers, elle lui enlevait sa qualité d'héritier ab intestat et la faisait passer au tiers [4].

SECTION II. — **Effets de l'acquisition ou de la répudiation.**

§ 1. — Effets de la répudiation.

Le principal effet de la répudiation ou plus largement de la disparition de l'appelé est de donner ouverture aux droits qui étaient restreints ou exclus par sa présence, c'est-à-dire : 1° au droit d'accroissement ; 2° aux substitutions ; 3° à la succession ab intestat ; 4° à la dévolution de degré à degré ou de classe à classe ; 5° à défaut de tout successible, à la dévolution à l'État ou au fisc.

I. Accroissement. — Deux ou plusieurs personnes étant appelées concurremment, au même rang, à la même succession, pour la même part. L'une fait défaut. La part de l'autre ou des autres se trouve accrue d'autant. C'est là l'accroissement (*jus adcrescendi*). La base rationnelle en est, dans la succession ab intestat, la vocation éventuelle de chaque héritier au tout : l'hérédité étant un tout indivisible, il faut que le *de*

1. *D.*, 29, 2, *De A. vel O. H.*, 18 : *Is potest repudiare qui et adquirere potest.*
2. Gaius, 2, 34-37. 3, 85-87. Ulpien, *Reg.*, 19, 11-15. Cf. sur la forme dégénérée dans laquelle l'institution se retrouve dans le livre syro-romain, L 12. 84, Esmein, *Mélanges*, p. 415.
3. Cf. Antonin Caracalla, *C.*, 7, 75, *De rev. his*, 1. Les Proculiens appliquaient les mêmes règles à l'*in jure cessio* faite par un héritier forcé, les Sabiniens la déclaraient nulle.
4. Cf. Ulpien, *D.*, 44, 4, *De doli exc.*, 4, 28.

cujus soit représenté pour le tout par ses héritiers : s'il y en a plusieurs appelés en même temps, chacun ne peut prendre qu'une partie (*concursu partes fiunt*), mais la défaillance de l'un d'entre eux permet à la vocation de l'autre de s'exercer dans toute la plénitude qu'elle comportait ; il y a non-décroissement plutôt qu'accroissement. En matière de succession testamentaire, l'accroissement repose sur la volonté du testateur qui, en appelant plusieurs héritiers, est supposé avoir voulu appeler chacun éventuellement au tout, mais il repose en outre sur la règle d'après laquelle ce *de cujus* ne peut mourir partie testat et partie intestat : il doit être représenté pour le tout par un héritier testamentaire dès lors qu'il l'est pour partie ; ce qui fait que le fonctionnement du *jus adcrescendi* ne pourrait être écarté par lui, même explicitement, par une assignation de parts (p. 806, n. 3).

En somme, le principe de l'accroissement ou plutôt du non-décroissement est, dans les deux successions, la vocation éventuelle de chacun au tout et il produit, dans les deux, les mêmes conséquences, tenant à ce que l'accroissement a lieu de plein droit, sans acquisition nouvelle, par le développement implicite d'une acquisition préexistante. En conséquence : 1° il a lieu *portioni* et non *personae*. La part devenue vacante va rejoindre la part déjà acquise, quand bien même celui qui l'a acquise ne serait plus actuellement à même d'acquérir l'hérédité par une acquisition nouvelle [1] ; 2° il est forcé : il se produit non seulement à l'insu du bénéficiaire, mais même malgré lui [2] ; 3° enfin, logiquement, il est *sine onere* : le bénéficiaire n'est pas tenu des affranchissements, des legs mis à la charge du défaillant, car il ne prend pas en réalité la part du grevé, il garde sa part propre que le concours du grevé aurait diminuée [3]. Mais cela a été changé par un développement juridique critiquable, dès avant la fin de l'époque classique [4].

L'ancienne théorie très simple fut compliquée par les lois caducaires. Ces lois ne frappaient pas seulement les *caelibes*, les *orbi*, les *patres solitarii*. Elles récompensaient les hommes mariés ayant des enfants. Pour cela, elles distinguaient trois catégories de dispositions non valables :

1. Ainsi, par ex., s'il y a trois héritiers appelés au même degré et que deux ont accepté, la part du troisième qui vient ensuite à faire défaut accroîtra les deux premières parts, quand bien même l'un de ceux qui ont accepté serait mort dans l'intervalle (*D.*, 38, 16, *De suis*, 9). Un esclave institué avec une autre personne a fait adition *jussu domini*, puis il est aliéné ou affranchi ; l'autre héritier vient à disparaître ; la part ira à l'ancien maître et non à l'affranchi ou au nouveau maître (*D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 80, 2).

2. *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 53, 1. Seulement on a admis une atténuation pour un cas où l'on ne pouvait prévoir l'accroissement, pour celui où il résulte d'une *in integrum restitutio* obtenue par le cohéritier contre son acceptation : on tiendra alors l'accroissement pour non avenu (*D.*, *h. t.*, 61).

3. V. en ce sens, Celse, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 29, 2, et Julien cité par Ulpien, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 61, 1.

4. V. en ce sens Ulpien, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 61, 1. Cf. p. 897, n. 5.

1° les *pro non scriptis*, c'est-à-dire les dispositions nulles dès le principe, ainsi l'institution d'un héritier déjà mort au moment de la confection du testament ; 2° les *in causa caduci*, c'est-à-dire les dispositions valables dans le principe, mais devenues nulles du vivant du testateur, ainsi l'institution d'un héritier mort du vivant du testateur ; 3° les *caduca*, c'est-à-dire les dispositions restées valables jusqu'à la mort du testateur, qui tombent soit parce que le gratifié n'a pas le *jus capiendi*, soit parce qu'il fait défaut pour une cause quelconque, décès, renonciation, etc. [1]. Or, le droit d'accroissement subsiste bien pour les dispositions *pro non scriptis* [2] et il subsiste même bien pour les *caduca* et les *in causa caduci*, au profit des personnes ayant le *jus antiquum*, c'est-à-dire des ascendants et descendants jusqu'au 3e degré [3]. Mais, en dehors de là, les *caduca* et les *in causa caduci* ne vont pas aux cohéritiers d'après les règles de l'accroissement ; le droit de les réclamer, le *jus caduca vindicandi*, appartient, en premier lieu, aux *heredes patres*, c'est-à-dire aux hommes mariés ayant des *liberi*, institués héritiers dans le testament, puis, à défaut d'*heredes patres*, aux *legatarii patres* [4] et, à défaut d'héritiers ou de légataires *patres*, au trésor public, à l'*aerarium* [5] plus tard remplacé par le trésor privé du prince (*fiscus principis*) [6], sauf déduction d'une prime au profit du *delator* [7].

Ce droit est fondé sur une base arbitraire toute différente de celle de l'accroissement. Il est aussi régi en conséquence par des règles toutes différentes. L'acquisition, étant une acquisition nouvelle, a lieu *personae* et non *portioni* ; elle est volontaire ; elle est avec charges [8].

Les incapacités résultant des lois caducaires tant pour les célibataires et pour les personnes sans enfants qu'entre époux étaient déjà toutes

1. Les trois termes sont fixés expressément de cette manière par Justinien, *C.*, 6, 51, *De cad. toll.*, 1, 2. On dit cependant assez fréquemment chez nous que les *caduca* comprendraient seulement les dispositions devenues nulles entre la mort du *de cujus* et l'ouverture du testament, parce que ce sont les lois caducaires qui les font tomber en reculant l'adition (p. 855, n. 1), mais non celles qui défaillent après et qui seraient seulement *in causa caduci*.

2. *C.*, 6, 51, *De cad. toll.*, 1, 3.

3. Ulpien, *Reg.*, 18, 1. Suivant la doctrine précitée, les personnes ayant le *jus antiquum* ne recueillent que les *in causa caduci*.

4. Gaius, 2, 207.

5. Gaius, 2, 286 *a*.

6. Ulpien, 17, 2, représente le fisc comme ayant été mis par une constitution de Caracalla à la place, non seulement de l'*aerarium* qu'il avait peut-être déjà remplacé alors (cf. Hirschfeld, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten*, 1905, pp. 115-117), mais semble-t-il, des *patres* eux-mêmes, *servato jure antiquo liberis et parentibus*. Il faudrait alors admettre que le *jus patrum* supprimé temporairement leur eût été restitué peu après, probablement par Macrin (Dion Cassius, 78, 12), puisqu'il subsiste ensuite jusqu'à Justinien.

7. Tacite, *Ann.*, 3, 25. 28. Le montant de cette prime fut fixé par Néron au quart (Suétone, *Ner.*, 10). Il était de moitié, d'après une constitution de Trajan, pour l'incapable qui se dénonçait lui-même (*D.*, 49, 14, *De jure fisci*, 13).

8. Ulpien, *Reg.*, 17, 3 : *Caduca cum suo onere fiunt*.

abolies au début du V[e] siècle (p. 889, n. 7). Mais le *jus caduca vindicandi* subsista néanmoins pour les *caduca* qui subsistaient et pour les *in causa caduci*. Il ne fut aboli et l'ancien accroissement entre cohéritiers ne fut complètement rétabli qu'en 534 par Justinien [1].

II. Ouverture de la substitution vulgaire. — En matière de succession testamentaire, le refus ou le défaut de l'institué en première ligne ouvre le droit du substitué appelé à son défaut, pourvu que ce substitué soit capable, et en particulier vivant, à ce moment. La substitution peut être faite soit dans la forme simple de la substitution d'un seul à un seul, soit dans beaucoup de formes plus compliquées sur lesquelles s'est exercée l'ingéniosité des jurisconsultes romains [2].

Ce qu'il y a de plus intéressant juridiquement dans ces diverses hypothèses, c'est qu'au cas de pluralité d'institués la substitution faite à chacun, soit au profit des tiers, soit au profit des autres institués (héritiers substitués *invicem*), a pour effet de faire acquérir les biens non pas *jure adcrescendi*, mais *jure hereditario*. Il en résulte, avant les lois caducaires, qu'il faudra, pour recueillir, être vivant et capable au moment où la part deviendra vacante. Il en résulte surtout, sous les lois caducaires, que, pour recueillir la part d'un incapable, il suffira d'être capable d'être héritier, d'avoir le *jus capiendi*, qui appartient, en dehors des personnes mariées ayant des enfants, aux personnes ayant la *solidi capacitas*, qui appartient pour moitié aux *orbi*, aux *orbae* et aux *patres solitarii*, tandis que, s'il n'y avait pas de substitution, il faudrait, pour avoir droit aux biens vacants, avoir le *jus caduca vindicandi* ou tout au moins le *jus antiquum* [3].

La même idée aurait dû conduire à décider qu'à la différence de l'accroissement, l'acquisition de la substitution serait volontaire pour l'institué en même temps substitué. On a admis qu'elle serait forcée [4].

Enfin on a admis, pour la substitution, avant de le faire pour l'accroissement, qu'elle serait acquise *cum onere*, que le substitué devrait accomplir les dispositions mises à la charge de l'institué [5].

1. *C.*, 6, 51, *De cad. toll.*, 1. Auparavant, on avait essayé d'éluder ces lois par divers moyens dont les uns furent reconnus comme licites : substitution *invicem*, n. 3 ; institution d'une personne sous la condition qu'elle obtiendra le *jus capiendi*, *D.*, 28, 5, *De her. inst.*, 63 (62), *pr.*, dont les autres furent condamnés législativement : l'adoption exclue par un sénatus-consulte rendu sous Néron (p. 889, n. 1) ; le fidéicommis soumis aux lois caducaires par le sénatus-consulte Pégasien (Gaius, 2, 286), etc. Cf. Accarias, 1, n° 376.

2. *Inst.*, 2, 15, *De vulg. subst.*, 1. Cf. p. 842, n. 4.

3. V. par ex. pour l'effet de la substitution des héritiers les uns aux autres faite *invicem*, en dehors des lois caducaires, *D.*, 38, 16, *De suis et leg. hered.*, 9, et, sous ces lois, *C.*, 6, 51, *De cad. toll.*, 1, *pr.*

4. *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 35, *pr.* Intérêt au cas de succession mauvaise, quand le substitué l'est pour une fraction plus forte que celle qui lui reviendrait par accroissement.

5. Ulpien, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 61, 1, invoque un rescrit de Sévère et Caracalla

III. Ouverture de la succession ab intestat. — A défaut d'institué ou de substitué, la succession ab intestat s'ouvre au profit du plus proche appelé dont la vocation et la capacité s'apprécient à ce moment.

IV. Dévolution (*successio ordinum et graduum*). — Quand l'héritier ab intestat le plus proche n'accepte pas, la succession peut être offerte à celui qui était appelé à son défaut. C'est la dévolution (*successio*), qui a lieu de classe à classe (*successio ordinum*), quand, à défaut d'une classe, on appelle la classe suivante ; qui a lieu de degré à degré (*successio graduum*), quand, dans la même classe, à défaut du parent le plus proche, on appelle celui qui vient au rang suivant. Elle est pleinement admise de degré à degré et de classe à classe dans le droit romain le plus récent comme dans notre droit moderne ; mais elle ne s'y est introduite que progressivement, sous l'influence de l'édit, et elle était absolument étrangère à l'ancien droit civil.

1. L'ancien droit civil ignorait absolument la dévolution tant de classe à classe que de degré à degré (*in legitimis hereditatibus successioni locus non est*) [1]. Elle ne pouvait s'appliquer, quand la succession était déférée à des héritiers siens, puisqu'ils sont héritiers de plein droit et qu'ils ne peuvent répudier. Mais elle ne s'appliquait pas davantage, quand le défunt laissait seulement des héritiers volontaires, agnats ou gentils, ni de degré à degré, pour faire admettre l'agnat plus éloigné à défaut de l'agnat le plus rapproché, ni de classe à classe, pour faire admettre les gentils à défaut d'agnats. La preuve en est, croyons-nous, à la fois dans le texte des XII Tables et dans les commentaires qu'en donnent les jurisconsultes [2]. A défaut du plus proche héritier ab intestat, personne n'est appelé à sa place et c'est même précisément pour cela que l'*in jure cessio hereditatis* transfère l'hérédité quand elle est faite par lui, à défaut duquel personne n'est appelé, et non quand elle est faite par l'héri-

rendu dans ce sens pour appliquer la même règle à l'accroissement (p. 895, n. 4).

1. Paul, *Sent.*, 4, 8, 21 (23).

2. En laissant de côté la dévolution de degré à degré dans l'ordre des gentils, qui n'a pu être connue tant que la succession a été attribuée collectivement à la *gens* (p. 858, n. 5), les XII Tables n'appellent à défaut d'héritier sien que le *proximus agnatus*, ce qui exclut la dévolution de degré à degré dans la classe des agnats, et elles n'appellent les gentils que s'il n'existe pas d'agnats, ce qui exclut la dévolution de la classe des agnats à celle des gentils. Telle est aussi l'interprétation des jurisconsultes non seulement de Gaius, 3, 12. 22, mais de Paul, 4, 8, 21 (23), mais de Justinien, *Inst.*, 3, 2, *De leg. adgn. succ.*, 7. Quant aux textes qu'on a invoqués pour soutenir que, si la dévolution était ainsi exclue en droit classique, elle ne l'aurait pas toujours été (Accarias, 1, n° 425), s'ils prouvaient quelque chose, ce serait que la doctrine ancienne excluant la dévolution aurait plus tard été contestée sous l'influence du régime prétorien l'admettant (p. 899, n. 1). Mais ils n'ont aucune force probante. Celui qu'on invoque principalement, un prétendu passage des Sentences de Paul, 4, 8, 22, n'est pas un texte de Paul, mais une glose de la *lex Romana Wisig.* (*Textes*, p. 423, n. 3) qui dit que *jure Gallico* l'hérédité est déférée aux *proximi*, si les *legitimi* n'acceptent pas dans les cent jours, qui se réfère par conséquent en mauvais langage à l'*edictum successorium*.

tier testamentaire, à défaut duquel est appelé l'héritier ab intestat (p.894).

2. Le droit prétorien, dont le but est de multiplier les appelés, a introduit la dévolution par l'*edictum successorium* [1], en vertu duquel la *B. P.* offerte pendant un certain délai à un successible est sur son inaction offerte à un autre [2]. De même que l'édit ouvre la *B. P. secundum tabulas,* quand personne ne demande la *B. P. contra tabulas*, et la *B. P. unde liberi,* sur l'inaction des personnes appelées à la *B. P. secundum tabulas* (p. 873, n.6), il admet la dévolution de classe à classe pour offrir la *B. P.*, à défaut de *liberi,* aux *legitimi,* à défaut de *legitimi,* aux *cognati,* et même il admet la dévolution de degré à degré dans l'ordre des *cognati,* à la différence de celui des *liberi* et de celui des *legitimi,* pour offrir la *B. P.* au cognat plus éloigné à défaut du cognat plus rapproché [3]. Seulement on doit remarquer que, comme nous avons déjà vu pour les *B. P contra tabulas* et *secundum tabulas*, le même personnage peut se trouver appelé successivement à plusieurs *B. P.* ab intestat [4].

3. Le droit impérial conserva en principe jusqu'à Justinien les deux systèmes du droit civil et du droit prétorien, l'un ignorant et l'autre admettant la dévolution. Pourtant on trouve une première application civile du principe prétorien dans les sénatus-consultes Tertullien et Orfitien. La succession est dévolue, en vertu du premier sénatus-consulte, à la personne qu'il appelle, quand les héritiers plus proches n'acceptent pas ; elle est dévolue, en vertu de tous deux, à d'autres héritiers, quand les personnes qu'ils appellent n'acceptent pas [5].

1. *D.*, 38, 9, *De successorio edicto.*

2. *D.*, *h. t.*, 1, 10 ; *Inst.*, 3, 9, *De B. P.*, 10.

3. La dévolution de degré à degré ne peut exister dans la *B. P. unde liberi* ; car les seuls *liberi* sont les appelés qui étaient sous la puissance immédiate du testateur ou y auraient été en l'absence de *capitis deminutio minima,* en sorte que les descendants plus éloignés n'ont pas la qualité de *liberi*. Il ne peut pas davantage y avoir de dévolution dans l'ordre des *legitimi,* puisque les *legitimi* sont les héritiers appelés par le droit civil et que le droit civil n'admet pas la dévolution (cf. cependant Gaius, 3, 28). Au contraire la dévolution fonctionne entre cognats. Quand un *de cujus* laisse un frère utérin et le fils d'un autre frère utérin, si le frère ne demande pas la *B. P.* dans les délais, elle est offerte au neveu.

4. Un *suus* a négligé de demander la *B. P. unde liberi* ; la *B. P.* passe aux *legitimi* ; mais le *suus* est appelé en première ligne à la *B. P. unde legitimi* : il peut donc la demander, s'il se repent, et, si même il laisse passer le délai de la *B. P. unde legitimi,* il pourra encore venir à son rang à la *B. P. unde cognati* (*D.*, *h. t.*, 1, 11 : *Poterit igitur ex sequenti parte succedere ipse sibi*). — Cela ne veut pas dire du reste que, dans la nouvelle *B. P.*, l'individu qui a négligé de demander la *B. P.* précédente aura toujours un rôle aussi avantageux. Le frère agnat appelé seul à la *B. P. unde legitimi* sera appelé en concours avec le frère *capite minutus*, seulement cognat, dans la *B. P. unde cognati*. Le petit-fils né d'un fils prédécédé appelé en concours avec le fils survivant dans la *B. P. unde liberi* et dans la *B. P. unde legitimi* ne sera appelé à la *B. P. unde cognati* qu'après que le fils, plus proche d'un degré, aura encore laissé passer le nouveau délai sans sortir de son inaction.

5. La mère *succedit* sur la répudiation des héritiers qui la priment (*D.*, 38, 17, *Ad S. C. Tert. et Orf.*, 2, 9. 18). Sur la répudiation de la mère, au premier cas,

Justinien fit un nouveau pas en admettant la dévolution de degré à degré dans l'ordre des agnats [1]. Mais il ne paraît pas être allé plus loin dans le droit du Code, antérieur à sa refonte générale des successions [2]. Au contraire, il admit pleinement la dévolution dans le droit des novelles, où, sur le refus ou l'incapacité de l'appelé, la succession est dévolue dans chaque ordre, de degré à degré, puis, l'ordre épuisé, de classe à classe.

V. Attribution de la succession vacante au Trésor. — La succession vacante qui n'était recueillie par personne pouvait, dans l'ancien droit, être occupée par le premier venu qui en devenait propriétaire par usucapion *pro herede*, mais qui en même temps devenait ainsi héritier tenu des dettes et des *sacra* (p. 891). Jusque-là les créanciers étaient dépourvus de tout droit, sauf celui de procéder eux-mêmes à cette occupation. Plus tard l'édit du préteur, admettant l'exécution sur les biens, accorda aux créanciers l'envoi en possession des biens des personnes mortes sans héritier pour arriver à leur vente. Mais, en dehors de la vente par les créanciers ou de l'occupation par un usurpateur, les biens d'une succession vacante continuèrent à n'être attribués à personne jusqu'à la fin de la République.

Ils furent attribués par les lois Julia et Papia Poppaea au trésor, à l'*aerarium* qui fut ensuite remplacé là comme en matière de *caduca* par le fisc [3], avant lequel même se placent, depuis le IV[e] siècle, diverses corporations pour les défunts qui en faisaient partie [4]. Seulement il n'y a pas là une simple confiscation sans charge. Le fisc, par exemple, doit exécuter les legs et les fidéicommis comme ferait un héritier [5], payer les dettes jusqu'à concurrence de l'actif [6], et en conséquence on a admis qu'il pouvait répudier la succession [7]. Alors, même après les lois caducaires,

des enfants dans le second, on applique le *jus antiquum* (*D.*, 38, 17, *Ad S. C. Tert. et Orf.*, 1, 9 ; 2, 20).

1. *Inst.*, 3, 2, *De leg. adgn. succ.*, 7.

2. Quoique l'héritier sien le plus rapproché puisse disparaître pratiquement par le bénéfice d'abstention, Justinien ne nous paraît pas avoir admis, à son défaut, la dévolution ni de classe à classe, ni même de degré à degré, de lui à un descendant moins rapproché. Cf. *C.*, 6, 14, *Unde lib.*, 3.

3. Gaius, 2, 150. Ulpien, *Reg.*, 28, 7. Tacite, *Ann.*, 2, 48, représente, peut-être en reportant dans le passé le droit de son temps, la substitution comme déjà faite au temps de Tibère.

4. Les curies pour les biens des décurions (*C. Th.*, 6, 2, *De bon. dec.*, 1) ; les légions pour les soldats dès l'époque classique (*D.*, 28, 3, *De injust.*, 6, 7, *in fine*) ; les collèges des *navicularii* et des *fabricenses*, c'est-à-dire des bateliers employés aux transports des subsistances et des ouvriers des fabriques d'armes impériales, pour leurs membres (*C.*, 6, 62, *De her. dec.*, 1 ; 5) ; les églises et les couvents pour les prêtres et les moines (*C.*, 1, 3, *De ep.*, 20).

5. Julien, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 96, 1.

6. Javolenus, *D.*, 49, 14, *De jure fisci*, 11.

7. V. sur l'évolution accomplie entre Labéon et la rédaction de l'édit perpétuel, Callistrate, *D.*, 49, 14, *De jure fisci*, 1, 1.

elle ne sera recueillie par personne, sauf un dernier expédient introduit par Marc-Aurèle. Afin d'empêcher la vente des biens qui entraînerait la chute des affranchissements testamentaires, soit l'un des esclaves affranchis, soit un tiers, pourra se faire attribuer l'hérédité en donnant caution de payer les créanciers (*addictio bonorum libertatum servandarum causa* [1]).

§ 2. — Effets de l'acquisition.

L'acquisition a des effets d'ensemble qui se produisent indifféremment, que l'hérédité soit recueillie par un seul successible ou par plusieurs. Mais, au cas de pluralité de successibles, il y a en outre des effets spéciaux produits par cette pluralité.

I. Effets généraux. — Le successible qui a acquis la succession est continuateur de la personnalité du défunt, pour le tout, s'il est seul, pour sa part héréditaire, s'il est en concours avec d'autres. Il est désormais dans cette proportion, propriétaire des choses corporelles du défunt, comme des siennes propres, créancier des créances du défunt comme des siennes propres, débiteur des dettes du défunt et plus largement des charges héréditaires comme de ses dettes propres [2]. C'est également vrai, qu'il soit héritier forcé ou volontaire : le second peut répudier, le premier non ; le premier acquiert sans acceptation, le second non ; mais, quand ils ont acquis, la situation des deux est identique. C'est également vrai, dans le dernier état du droit, que l'héritier soit un héritier civil, un *heres*, ou un héritier prétorien, un *bonorum possessor* [3] : le premier est propriétaire civil, créancier civil, débiteur civil, le second est propriétaire prétorien, créancier prétorien, débiteur prétorien : cela fait une différence d'actions. Mais, dans le dernier état du droit où toutes les *B. P.* données à l'encontre du droit civil sont, croyons-nous, des *B. P. cum re* [4], cela ne fait plus de différence de fond. Partout et toujours le suc-

1. *Inst.*, 3, 11, *De eo cui libertatis causa bona addicuntur*.
2. Julien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 62 (p. 805, n. 2). Pomponius, *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 37.
3. Ulpien, *D.*, 37, 1, *De B. P.*, 2: *In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur*.
4. Ce résultat a été atteint par la transformation progressive des *B. P.* données *impugnandi juris civilis gratia*, qui ont sans doute été d'abord toutes *sine re*, en *B. P. cum re* par la concession à leur bénéficiaire d'une exception contre l'action de l'héritier civil. La première *B. P. impugnandi juris civilis gratia* à laquelle cette efficacité ait été accordée a peut-être été la *B. P. contra tabulas* donnée au patron contre le testament de l'affranchi qui est probablement déjà *cum re* au temps de Cicéron (p. 882, n. 2). La transformation a probablement aussi été faite dès avant la codification de l'édit, dès le temps de Cassius, pour les *B. P. contra tabulas* et *unde liberi* accordées aux descendants sortis de la *patria potestas* (p. 872, n. 4). Hadrien est ensuite signalé comme ayant rendu *cum re* la *B. P. secundum tabulas* donnée au cas de testament rendu nul *jure civili* par la survenance d'un héritier sien mort avant le *de cujus* (p. 869, n. 3). La réforme a été opérée dans d'autres cas par Antonin le Pieux, par exemple au profit de

cessible est mis par l'acquisition à la tête du patrimoine du défunt, investi par elle des avantages et des charges héréditaires.

A la vérité, il ne succède pas à la possession des différents biens possédés par le défunt[1]. Il peut seulement, quand il est *bonorum possessor*, en demander la possession par des interdits qui sont la preuve qu'il ne l'a pas encore. Il lui faut prendre possession pour être possesseur. Mais, s'il ne succède pas à la possession du défunt, il succède à tous ses droits : l'acquisition lui fait obtenir l'actif corporel et incorporel du défunt, en même temps qu'elle l'oblige à son passif, auquel il faut même ajouter la charge des *sacra* et celle des legs et des fidéicommis.

En laissant de côté la charge des legs et des fidéicommis que nous retrouverons, l'un des traits caractéristiques des successions romaines est d'imposer à l'héritier la charge des *sacra*, du culte domestique du défunt, du culte de ses ancêtres. Le culte des ancêtres est une institution qui se lie particulièrement bien avec le régime patriarcal et il paraît une très vieille coutume chez les Indo-Européens, si c'est une exagération de vouloir expliquer par lui tout leur histoire juridique[2], s'il ne suffit pas non plus à lui seul pour impliquer un niveau très élevé chez les premiers hommes qui l'ont pratiqué[3]. Chez les Romains, chez lesquels

l'héritier institué dans un testament valable seulement *jure praetorio* à l'encontre de l'héritier ab intestat du droit civil (p. 825, n. 2). Elle a été faite au plus tard par lui pour la *B. P.* ab intestat donnée à l'encontre d'un testament rompu *jure praetorio* par la destruction matérielle des tablettes (p. 851, n. 1). Elle a aussi été faite avant les Sévères, pour la *B. P. secundum tabulas* donnée à l'encontre d'un testament postérieur rompu *jure praetorio* de la même façon (p. 851, n. 2). Seulement il restait encore, au temps des Sévères, au moins un cas certain de *B. P.* de ce genre *sine re*, celui de la *B. P.* donnée en vertu d'un testament anéanti *jure civili* par la *capitis deminutio* d'un *de cujus* revenu ensuite à la capacité (*D.*, 28, 3, *De inj. test.*, 12, p. 853, n. 1). Mais, malgré l'insertion faite par inadvertance au *D.* de ce texte, les *B. P. impugnandi j. c. gratia* sont, à notre avis, toutes *cum re* sous Justinien. La *B. P.* ne pouvait plus alors, croyons-nous, depuis longtemps être *sine re* que dans une hypothèse toute différente qui n'implique aucune prépondérance du droit civil sur le droit prétorien. Quand un successible, appelé à la fois à l'hérédité civile et à la *B. P.*, néglige de demander la *B. P.*, elle peut être obtenue par un successible qui sans cela ne l'eût pas eue (par celui que l'*edictum successorium* appelle à son défaut) ou qui sans cela ne l'eût eue qu'en partie (par celui que l'édit appelait en concours avec lui) ; mais cela ne lui enlève pas le droit d'invoquer sa qualité d'héritier par la pétition d'hérédité et en conséquence la *B. P.* est *sine re* pour le tout au premier cas, pour partie au second (Gaius, 3, 37-38. Scaevola, *D.*, 37, 6, *De coll. bon.*, 10 ; cf. Windscheid, 3, § 532, n. 6).

1. *D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 23, *pr.* (Javolenus) ; 30, 5 (Paul).

2. Cette exagération peut, pour citer seulement l'ouvrage qui lui a donné sa forme la plus extrême, être reprochée au livre de M. Fustel de Coulanges sur la *Cité antique*, 14e éd., 1895. Cf. en sens contraire R. de Ihering, *Les Indo-Européens avant l'histoire*, pp. 60-67 ; A. Piganiol, *Essai sur les origines de Rome*, 1917, pp. 87-92.

3. Cf. encore de Ihering, pp. 55-56 ; p. 50. L'argumentation fondée par de Ihering sur les restes de barbarie conservés chez certains groupes indo-européens n'est que renforcée, si l'on écarte l'erreur en partant de laquelle il considère le

le système patriarcal a revêtu sa forme la plus achevée, le culte domestique se présente sous un aspect très net. C'est un hommage rendu à la série des ancêtres au bout de laquelle le défunt lui-même se place par son décès [1]. Mais il a pris chez eux un caractère qui n'est pas dans la logique première du système. Tandis qu'anciennement l'obligation de rendre aux morts les soins qui leur étaient dus concernait exclusivement leurs descendants, le droit romain, qui admet de très bonne heure non seulement que l'hérédité peut être déférée ab intestat à d'autres parents que les descendants, mais qu'elle peut par un vote du peuple être déférée à un étranger tel que l'héritier testamentaire, admet aussi que la charge des *sacra* pèse sur l'héritier, quel qu'il soit, non seulement sur l'agnat, le gentil, qui est toujours un parent, mais sur l'héritier testamentaire étranger. C'est une charge assez lourde [2], dont l'accomplissement était surveillé par les pontifes, mais qui procède par là d'une idée différente de celle de l'ancien culte familial imposé aux descendants ; ici le culte est imposé à ceux qui prennent l'hérédité, et, en partant de là, on est même arrivé à l'imposer à ceux qui prennent les biens sans être héritiers : ce fut l'objet de deux édits pontificaux successifs dont le plus récent est antérieur à P. Mucius Scaevola [3].

L'héritier est ensuite tenu des dettes. Cette charge, inconnue anciennement s'il y a eu une époque où les obligations étaient des liens attachés à la personne, ne se transmettant ni activement ni passivement [4], nous est représentée par les textes comme pesant sur lui dès les XII Tables [5]. On a probablement là, comme en matière de *sacra*, étendu des *sui* à tous les autres héritiers l'obligation aux dettes du *paterfamilias* qui pouvait aisément être déduite pour les *sui* de leur caractère d'associés. Il peut même sembler étonnant que cette transmission fût déjà restreinte par l'ancien droit romain aux obligations nées d'actes licites, de contrats, à l'exclusion de celles nées de délits.

Enfin l'héritier acquiert l'actif, dans lequel les créances figurent aussi dès les XII Tables et figurent même, soit alors, soit au moins depuis,

tableau donné par Zimmer, *Altindisches Leben*, 1879, avec des traits pris au Rig-Veda, comme celui de l'état aryen primitif.

1. Cf., sur ce culte, Marquardt, *Culte chez les Romains*, 1, pp. 372-375 ; 2, p. 75. H. Steuding, chez Roscher, *Ausführliches Lexikon der griech. und röm. Mythologie*, 2, 1895, pp. 2316-2323. Aust, *Religion der Römer*, 1899, pp. 225-232. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer* (I. de Muller, *Handbuch*, V, 4), 1902, pp. 191-193.

2. C'est pourquoi l'on dit *hereditas sine sacris* dans le sens de bonheur sans mélange (Festus, v° *Sine sacris hereditas*, Bruns, *Fontes*, 2, p. 40).

3. Cicéron, *De leg.*, 2, cc. 19-21. Cf. en dernier lieu sur ce texte Burckhard, *Z. S. St.*, 9, 1888, p. 286 et ss. et Kuebler, *Z. S. St.*, 11, 1890, p. 37 et ss. V. aussi Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 901-904.

4. Cf. dans ce sens, Esmein, *N. R. H.*, 1887, pp. 48-61 ; Cuq, *Institutions des Romains*, 1, pp. 248-251.

5. Dioclétien, *C.*, 2, 3, *De pactis*, 26 (*XII Tab.*, 5, 9) dit positivement qu'en vertu des XII Tables, l'*aes alienum* du défunt se divise entre les héritiers de plein droit, donc passe aux héritiers.

plus pleinement que les dettes, sans distinction entre les créances née de contrats et celles nées de délits [1] ; dans lequel figurent aussi les droits réels appartenant au défunt, sauf les servitudes personnelles ; dans lequel figurent aussi et surtout les diverses choses corporelles appartenant au défunt.

A partir de l'acquisition, que la doctrine fait pour l'héritier externe rétroagir au jour du décès [2], le patrim du défunt se confond dans celui de l'héritier, il n'y a plus qu'un patrimoine unique ayant un seul actif et un seul passif. En conséquence, les liens de droit existant antérieurement au profit de l'un des patrimoines à l'encontre de l'autre se trouvent éteints par confusion (p. 738). En conséquence surtout, les créanciers de l'un ne peuvent plus se payer sur lui par préférence aux créanciers de l'autre, et le débiteur unique est tenu des dettes de l'un comme de celles de l'autre. La première idée, la confusion de l'actif des deux patrimoines,fait que les créanciers du défunt sont obligés de subir, sur les biens qui étaient leur gage, le concours des créanciers de l'héritier et que réciproquement les créanciers de l'héritier sont obligés de subir, sur ceux qui étaient le leur, le concours des créanciers du défunt ; la seconde que l'héritier est tenu des dettes du défunt comme des siennes propres, sur sa personne et sur tous ses biens et non pas seulement sur les biens héréditaires, que l'héritier est tenu aux dettes *in infinitum, ultra vires hereditatis* [3]. Cette règle célèbre du droit romain, qui a été recueillie par notre droit moderne et qui a peut-être un fondement historique [4], est logiquement une conséquence de la confusion des deux patrimoines quant au passif, comme le concours des créanciers héréditaires et de ceux de l'héritier est une conséquence de la confusion des deux patrimoines quant à l'actif. Mais on a fini par prendre des mesures pour remédier aux inconvénients les plus saillants des deux [5].

1. Les XII Tables décidaient encore que les créances se divisaient de plein droit entre les héritiers, affirme la const. de Gordien, *C.*, 3, 36, *Fam. erc.*, 6 (*XII Tab.*, 5, 9). Sur les rares créances intransmissibles, v. p. 739, n. 3.

2. Cf. p. 890, n. 3. En vertu de cette idée, l'esclave pourra valablement acquérir, stipuler pour le maître futur.

3. Ulpien, *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 8, *pr.* : *Hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est.*

4. Cf. Esmein, *N. R. H.*, 1887, p. 61.

5. Ce ne sont pas les seules dérogations à la confusion des deux patrimoines. On pourrait encore citer par exemple la concession à l'héritier d'actions propres, par lesquelles il demande les choses héréditaires comme fractions d'une masse distincte de ses biens et même les dispositions relatives à l'indignité qui, dans la notion romaine, n'empêchent pas l'indigne d'acquérir la succession, mais permettent de la lui enlever après coup (*ereptoria, erepticia bona*) pour la faire passer, d'ailleurs avec ses charges, soit à l'*aerarium* ou plus tard au fisc, soit plus rarement à certains particuliers. Nous étudierons plus loin (p. 901 et ss.) les voies de procédure qui sont la sanction des droits de succession. Quant à la théorie de l'indignité instituée par les lois caducaires et développée par de nombreuses constitutions impériales, nous nous contenterons de renvoyer au titre du *D.*, 34,

1. Protection des créanciers héréditaires contre la confusion de l'actif (*separatio bonorum*)[1]. On n'a pris aucune mesure pour protéger les créanciers de l'héritier contre le préjudice qu'ils subissent quand une hérédité insolvable est recueillie par un héritier solvable ou moins insolvable. Sans doute le concours des créanciers héréditaires les empêchera d'être payés intégralement ou les réduira à un dividende plus faible. Mais on ne leur reconnaît pas le droit de s'en plaindre. Ils savaient que leur débiteur pourrait empirer leur condition en contractant de nouvelles obligations. En recueillant la succession, il n'a pas fait autre chose[2].

Au contraire le préteur est venu au secours des créanciers d'une hérédité solvable ou moins insolvable acceptée par un héritier insolvable[3]. Parce que, dit-on parfois, les créanciers de l'héritier ne peuvent avoir plus de droit que leur débiteur qui est primé sur les biens héréditaires par les créanciers du défunt, probablement surtout parce que l'acceptation d'une hérédité solvable par un héritier insolvable est plus à craindre pratiquement que l'acceptation d'une hérédité insolvable par un héritier solvable, le préteur a organisé, au profit des créanciers héréditaires menacés de subir un préjudice par suite de l'insolvabilité de l'héritier, en particulier quand ses créanciers provoquent la vente de ses biens, le droit de provoquer la séparation des deux masses, de distraire les biens héréditaires de la faillite de l'héritier (*separatio bonorum*).

La *separatio*, qui est accordée par le magistrat, a pour conditions : 1° qu'une demande soit adressée au magistrat et admise par lui[4] ; 2° que la séparation soit possible : elle ne l'est pas quand les biens ont été aliénés, quand on ne peut plus les reconnaître en fait, quand il s'est passé un délai trop long, cinq ans[5] ; 3° enfin que les créanciers n'aient pas reconnu l'héritier pour débiteur, par exemple, en faisant avec lui novation, en recevant de lui une sûreté[6].

Quant aux effets, elle a pour résultat de faire revivre juridiquement le *de cujus* pour permettre aux créanciers de se payer sur ses biens sans subir le concours des créanciers de l'héritier. Elle paralyse l'acceptation dans un de ses effets ; mais elle ne la supprime pas : elle n'empêche pas l'héritier de le demeurer, d'avoir droit aux biens, s'il en reste après le

9, *De his quae ut indignis auferuntur* et aux commentaires contenus tant dans les ouvrages généraux que dans la monographie de W. Eck, *Indignität und Enterbung*, 1894.

1. *D.*, 42, 6, *De separationibus*. Cf. G. Baviera, *Studi e documenti*, 1899, pp. 3-59. *Commodum separationis*, 1901. S. Solazzi, *B. Ist. D. R.*, 11, 1899-1900, pp. 248-264. 13, 1900-1901, pp. 247-271 ; Fadda, *Concetti fondamentali*, 2, pp. 348-409.

2. *D.*, *h. t.*, 1, 2. Cf. seulement la réserve dubitative faite pour le cas de fraude, *D.*, *h. t.*, 1, 5.

3. Ce bénéfice est aussi accordé aux légataires (Julien, *D.*, *h. t.*, 6, *pr.*).

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* 14.

5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 12 (confusion) ; 13 (délai de cinq ans). Papinien, *D.*, *h. t.*, 2 (aliénation).

6. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 10. 11. 15.

INSTITUTE OF MEDIAEVAL

paiement des créanciers héréditaires ; elle n'empêche pas davantage ses créanciers d'avoir alors le droit de se payer sur eux. Une question plus délicate est de savoir si, faute de paiement intégral, les créanciers héréditaires pourront se payer sur les biens de l'héritier, sinon en concours avec ses créanciers, au moins après eux. Les Romains paraissent avoir prononcé la négative en partant de l'idée que les créanciers héréditaires n'ont pu demander la séparation qu'en refusant de reconnaître l'héritier comme débiteur. Papinien a bien proposé d'admettre qu'ils pourraient se payer sur ces biens après les créanciers de l'héritier, comme les créanciers de l'héritier sur les biens héréditaires après eux. Mais il propose cette solution comme un tempérament d'équité et elle est repoussée après lui par Ulpien et Paul dont le second paraît viser directement sa décision [1].

2. Protection de l'héritier contre la confusion du passif (*separatio bonorum, jus abstinendi, beneficium inventarii*). Comme mesures de protection prises en faveur de l'héritier contre l'obligation aux dettes *ultra vires*, on rencontre la *separatio bonorum* accordée par l'édit à l'héritier nécessaire, le *jus abstinendi* accordé par lui à l'héritier sien et le bénéfice d'inventaire accordé par Justinien à l'héritier quelconque.

a) Le préteur, dans la même section de l'édit où il permettait aux créanciers héréditaires de demander la *bonorum separatio* pour effacer la confusion de l'actif, permet à l'esclave héritier nécessaire de la demander pour se soustraire à l'obligation aux dettes. Elle exige également là une demande au magistrat [2]. Quant aux effets, elle n'empêche pas l'esclave institué de rester héritier, de pouvoir être poursuivi par les créanciers, de voir les biens vendus sous son nom ; mais elle lui assure l'avantage de ne pas être tenu sur sa personne ni sur les biens qu'il acquerra par la suite [3].

b) Dans une autre disposition de l'édit, qui paraît avoir déjà été utilisée par Antoine avant la fin de la République [4], le préteur accorde le *jus abstinendi* aux héritiers siens, auxquels on a même assimilé par faveur les personnes *in mancipio*, quoiqu'elles soient héritiers nécessaires [5]. Ce bénéfice a encore pour effet de dispenser de payer les dettes *ultra vires*, mais il est plus énergique. Quant aux effets, il permet à l'héritier de ne pas défendre aux actions et il empêche même les biens d'être vendus sous son nom [6]. Quant aux conditions, il n'a pas besoin d'être

1. Papinien, *D.*, *h. t.*, 3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 17. Paul, *D.*, *h. t.*, 5.
2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 18.
3. Gaius, 2, 153-155.
4. Cicéron, *Philipp.*, 2, 16, 42. Le père d'Antoine, M. Antonius Creticus, mourut avant l'an 684, d'après Cicéron, *In Verr.*, 3, 91, 216.
5. Gaius, 2, 158-160.
6. Gaius, 2, 158 : *Ut potius parentis bona veneant*; *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 57, *pr.* : *Ut, quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur, in eos actio non detur*. Cf. Lenel, *Edictum*, p. 403, n. 4 (*Edit*, 2, p. 156, n. 3).

demandé. Il existe au profit de l'impubère, quand bien même il se serait immiscé, au profit du pubère, tant qu'il ne s'est pas immiscé [1] : jusque-là, l'héritier même pubère peut, en vertu de ce bénéfice, refuser de plaider contre les créanciers comme l'héritier volontaire et en conséquence le préteur lui a étendu le *spatium deliberandi*, a permis aux créanciers de l'amener devant son tribunal comme l'héritier volontaire et de lui faire la même interrogation en face de laquelle il devra ou défendre à l'action ou demander un délai pour délibérer s'il ne veut laisser vendre les biens [2].

Cette institution rapproche beaucoup l'héritier sien de l'héritier volontaire. Elle ne les confond pas. L'héritier sien garde l'avantage d'être héritier de plein droit. De plus, à la différence de la répudiation, l'abstention est révocable : l'héritier qui a usé du bénéfice peut se raviser pendant un certain délai, trois ans sous Justinien [3]. Enfin, tandis que la répudiation de l'héritier institué fait tomber le testament, l'abstention laisse le testament subsister en nom, n'empêche pas la substitution pupillaire, les affranchissements de rester valables [4].

c) Le préteur s'en était tenu là. Il ne protégeait pas l'héritier volontaire contre son acceptation, l'héritier forcé contre son immixtion. L'héritier était après cela tenu des dettes à l'infini, à moins d'être dans un des cas de la *restitutio in integrum* qui n'est donnée pour simple lésion qu'aux mineurs de 25 ans. Cependant on rapporte qu'Hadrien accorda cette faveur à un majeur et Gordien l'étendit à tous les militaires [5]. Mais ce n'est point là une exception à l'obligation de l'héritier au tout ; c'est une rescision de l'acceptation.

Justinien décida, en 531, que désormais tout successible acceptant sera tenu seulement *intra vires hereditatis*, dans la mesure de l'actif, sous la condition : 1° de faire, dans les deux mois où il connaîtrait la dévolution à son profit, un inventaire dressé par lui en présence du *tabularius* et de témoins et juré sincère par lui, qui assure aux créanciers l'attribution de tout l'actif ; 2° de ne pas demander le *spatium deliberandi*, qui paraît à Justinien faire double emploi avec sa création [6].

II. Conséquences de la pluralité de successibles (partage, *collatio*). — Quand l'hérédité testamentaire ou prétorienne est acquise par plusieurs personnes au lieu d'une seule, les effets qui se produiraient pour le tout dans la personne d'un seul successible se produisent dans celle de chacun des successibles pour sa part. Chacun devient, pour sa part

1. Gaius, *D.*, 29, 2, *De A. v. O. H.*, 57, *pr.* : *Impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint.*
2. Ulpien, *D.*, 28, 8, *De jure delib.*, 7 ; 8. Cf. Paul, *D.*, 11, 1, *De interrog.*, 12, *pr.*
3. *C.*, 6, 31, *De repud. her.*, 6, 1.
4. Papinien, *D.*, 28, 6, *De vulg. subst.*, 12. Ulpien, *D.*, 40, 4, *De manum. test.*, 32.
5. *Inst.*, 2, 19, *De her. qual.*, 6.
6. *C.*, 6, 30, *De jure delib.*, 22. *Inst.*, 2, 19, *De her. qual.*, 6.

héréditaire, continuateur de la personne, propriétaire des choses corporelles, créancier des créances, débiteur des dettes et on peut même appliquer à sa part de l'hérédité les remèdes apportés à la confusion des patrimoines tant pour soustraire les créanciers du défunt au concours des siens propres que pour le soustraire lui-même aux conséquences de l'obligation aux dettes à l'infini.

Il suffit de rappeler que, tandis que les obligations se divisent activement et passivement de plein droit, les successibles se trouvent, relativement aux choses corporelles héréditaires, dans un état de copropriété indivise et que cette indivision peut cesser, soit par un partage volontaire réalisé au moyen d'aliénations réciproques, s'ils sont d'accord, soit, au cas de désaccord, par un partage judicaire, provoqué par l'action *familiae erciscundae*, où le juge peut condamner chacune des parties à raison du caractère double de l'action et a le pouvoir de transférer la propriété et de constituer des droits réels par *adjudicatio*[1].

En revanche, il convient de signaler une institution en vertu de laquelle certains successibles pourront bénéficier de valeurs ne faisant pas partie de la succession, demander à d'autres successibles de mettre dans la masse héréditaire (*conferre in medium*) certaines valeurs pour les y faire participer ; c'est l'institution de la *collatio*, étrangère à l'ancien droit civil, introduite par l'édit du préteur et conservée dans un rôle nouveau par le droit impérial récent[2].

1. *Droit prétorien.* L'édit prétorien présente deux espèces de *collationes*, la *collatio bonorum* ou *collatio emancipati*, qui est le type originaire, et la *collatio dotis*, qui en est une imitation.

a) L'introduction de la *collatio bonorum* a été une conséquence du droit à la succession du *paterfamilias* accordé par le préteur aux descendants sortis de puissance qui n'appartiennent pas le jour de la mort du père à une nouvelle famille, en particulier aux émancipés. Le préteur les appelle à la succession de leur père en concours avec les enfants restés en puissance, avec les *sui*, par la *B. P. unde liberi*, si le père est mort intestat, par la *B. P. contra tabulas*, s'il a fait un testament dans lequel il ne les a ni institués ni exhérédés. Mais, tandis que les *heredes sui*

1. Cf. pp. 639-642. Il a pu arriver, surtout anciennement, que les cohéritiers, en particulier les descendants d'un même auteur, aient continué à vivre dans l'indivision sur le bien commun (*consortium* : p. 585, n. 5). Mais l'antiquité du partage est attestée par la présence de l'action *familiae erciscundae* dans le droit des XII Tables (p. 640, n. 2) ; elle l'est aussi par le système successoral lui-même, qui suppose sous chaque toit une seule personne *suis juris* entourée de ses personnes en puissance, qui suppose par conséquent qu'à la mort du père chacun de ses fils a fondé un foyer séparé pour l'entretien duquel il a eu besoin de sa part du patrimoine de la *domus*.

2. *D.*, 37, 6, *De collatione bonorum* ; 37, 7, *De dotis collatione*. *C.*, 6, 20, *De collationibus*. Cf. Fein, *Das Recht der Collation*, 1842. Leist, dans Glück, série des livres 37 et 38, 3, 1875, pp. 201-494.

restés en puissance n'ont pas de biens propres, n'ont acquis que pour le *paterfamilias*, ces descendants sortis de puissance ont pu, depuis qu'ils sont *sui juris*, acquérir pour eux-mêmes. Il serait injuste qu'ils eussent le droit de participer aux acquisitions des descendants restés en puissance sans les faire participer aux leurs. Afin d'empêcher cela, le préteur, en même temps qu'il leur accorde la *B.P.* comme s'ils n'avaient pas été *capite minuti*, les oblige aussi, comme s'ils n'avaient pas été *capite minuti*, à faire profiter leurs cohéritiers restés en puissance de leurs acquisitions, à remettre dans la masse ce qu'ils ont acquis[1]. S'il leur accorde la *B. P.*, il les oblige à la *collatio bonorum*, déjà connue du jurisconsulte Cassius, consul en l'an 30 après Jésus-Christ[2].

Conformément à un système, qui vient sans doute surtout des habitudes du préteur, mais qui a exercé une réelle influence sur les règles de l'institution, la *collatio bonorum* s'opère, selon les prescriptions de l'édit[3], non pas en nature ou en moins prenant, par remise matérielle des biens dans la masse ou par imputation de celui qui la doit sur sa part, mais par un contrat verbal (*cautione*, *satisdatione*), par une promesse garantie par des cautions[4] qu'il fait aux ayants droit de partager avec eux son patrimoine. — Etant exclusivement fondée sur le préjudice que subiraient les *sui* si on écartait la *capitis deminutio* pour faire concourir l'émancipé sur le patrimoine grossi par eux sans l'écarter également pour les faire profiter des acquisitions de l'émancipé, la *collatio bonorum* n'est due que dans la succession d'un *paterfamilias*, donc d'un ascendant paternel, pas dans celle d'une femme ni d'un ascendant maternel ; car il n'y a que celle-là que grossissent les acquisitions des *sui*, que la *capitis deminutio* empêche d'être grossie des acquisitions de l'émancipé. — Elle n'est jamais due que par les descendants sortis de puissance qui demandent la *B. P. unde liberi* ou la *B. P. contra tabulas* ; elle ne l'est ni par ceux qui renoncent, ni par ceux qui demandent la *B. P. ex testamento*[5] ; car les premiers ne causent pas de préjudice aux *sui*, et les seconds ne leur en causent pas parce qu'ils sont sortis de puissance tandis que les *sui* y sont restés, mais parce que le testateur les a institués comme il aurait pu instituer un étranger, comme il aurait pu instituer un *suus* à l'exclusion des autres. — Ensuite elle n'est pas due à tous les successibles : elle est due seulement à ceux à qui le concours de l'émancipé causerait sans cela un préjudice[6], non pas aux autres

1. Ulpien, *Coll.*, 16, 7, 2. Le même, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.*
2. Paul, *D.*, *h. t.*, 2, 5. V. p. 862, n. 1.
3. Cf. sur cet édit, Lenel, *Edictum*, § 144.
4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 9 : *Jubet autem praetor ita fieri collationem, ut recte caveatur : caveri autem per satisdationem oportere Pomponius ait.* Ce n'est qu'à titre d'équivalent qu'on a par la suite admis plus ou moins facilement les deux autres procédés.
5. Renonciation : Paul, p. 910, n. 1. Testament : *C.*, *h. t.*, 1 ; 9.
6. C'est ce qu'exprime la maxime : *Ei confertur cui aufertur.*

émancipés [1], mais uniquement aux *sui* et, parmi les *sui*, uniquement à ceux dont la part successorale est restreinte par son concours [2]. Enfin, le préjudice étant dans ce que l'émancipé a acquis pour lui au lieu d'acquérir pour la *domus*, elle porte sur tout ce qui constitue ce préjudice, c'est-à-dire sur tout le patrimoine de l'émancipé, apprécié au jour où le préjudice a cessé avec la différence de capacité d'acquérir pour les enfants restés en puissance, c'est-à-dire au jour de la mort du *de cujus* [3].

b) La *collatio dotis* est une expression plus raffinée, presque subtile, de la même idée. La fille mariée sans *manus* reste *in patria potestate*, acquiert pour le compte du *paterfamilias*. Mais il y a pourtant un droit qu'elle acquiert pour elle au lieu de l'acquérir pour lui : c'est le droit qu'elle a sur sa dot durant le mariage et qui peut, à la dissolution du mariage, se transformer en créance de restitution. Que la dot soit une dot profectice, constituée par le père, ou une dot adventice, constituée par toute autre personne, ce droit ne passe pas au père : il est à elle. Elle est donc, quant à lui, en face des *sui* et des *suae* qui n'ont pas de droit semblable, dans la même situation où l'émancipé est en face d'eux

1. On ne répute donc pas la *capitis deminutio* non avenue d'une manière absolue pour faire fictivement rentrer les biens dans la masse héréditaire partageable entre tous, comme le feraient penser les expressions *in commune conferre*, *in medium conferre*. Au contraire, l'émancipé n'ayant pas droit à la *collatio*, il ne profite pas de la *collatio* faite par les autres émancipés, ni pour en prendre sa part, ni même pour voir la fraction de ses biens qu'il donne aux *sui* réduite par la présence de ces émancipés. En conséquence, non seulement, comme il résulte du principe même de la *collatio*, l'émancipé qui est riche et qui vient à une succession pauvre peut, rapportant plus qu'il ne reçoit, être plus pauvre après qu'avant ; mais la façon dont se fait la *collatio* a pour résultat que, toutes les fois que la *collatio* est faite par plusieurs émancipés, chaque émancipé aura une part totale inférieure à celle du ou des héritiers siens (un héritier sien, deux émancipés ayant chacun une fortune de 300 : chaque émancipé a, outre sa part de la succession, la moitié de ses biens, 150 ; le *suus* a, outre sa part de la succession, la moitié du patrimoine de chaque émancipé, 150 + 150 ; deux héritiers siens, deux émancipés ayant chacun 300 : chaque émancipé aura, outre sa part de la succession, le tiers de ses biens dont il donnera les deux autres tiers aux *sui*, soit 100 : chaque *suus* aura, outre sa part de l'hérédité, le tiers des biens de chacun des deux émancipés, 100 + 100 : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 24 ; Paul, *D.*, *h. t.*, 2, 5). Paul dit que les émancipés n'ont pas à se plaindre, parce qu'ils sont libres de ne pas accepter. Mais c'est déplacer la question qui serait de savoir s'il est juste que, quand ils acceptent, le calcul soit fait de la sorte. Ce mode de supputation distributif, qui remonte à Cassius d'après le texte de Paul, a, croyons-nous, été suggéré à la doctrine par le procédé même de la *collatio* faite individuellement à chaque héritier *cautione*.

2. En conséquence, s'il ne restreint par son concours la part successorale d'aucun *suus* (il vient par la *B. P. contra tabulas* et le *suus* n'était institué que pour moitié), il ne doit pas de *collatio* : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 5 ; s'il ne restreint la part que de certains *sui* (le père émancipé vient en concours avec ses enfants restés en puissance en vertu de l'édit *de conjungendis cum emancipato liberis ejus*, p. 859, n. 3), il ne la doit qu'à ceux-là : Ulpien, *D.*, 37, 8, *De conj. cum em. lib.*, 1, 13.

3. Ulpien, *Reg.*, 28, 4 : *Bona quae moriente patre habuerunt*. On tient aussi compte des biens qu'il a cessé de posséder par dol : *D.*, *h. t.*, 1, 23.

quant à ses biens. Elle doit comme l'émancipé réparer le préjudice qu'elle leur causerait en venant concourir sur leurs acquisitions sans les faire participer à ce qui lui appartient en propre. Le préteur impose donc à la fille en puissance qui lui demande la *B. P. unde liberi* ou la *B. P. contra tabulas* la *collatio dotis*[1], qui, étant fondée sur le même principe que la *collatio bonorum*, est régie par les mêmes règles, tant quant aux personnes auxquelles elle est due que quant au procédé par lequel elle s'opère.

2. *Droit impérial.* Le droit impérial récent a transformé la théorie de la *collatio*. L'évolution du droit de famille a eu pour résultat de réduire presque à rien l'ancienne *collatio emancipati*. Mais au contraire, en partant d'une idée dont le germe inconscient se trouvait dans la *collatio dotis*, on a véritablement créé une *collatio* nouvelle, fondée sur un principe différent, que les interprètes ont appelé la *collatio descendentium* et qui est l'origine directe du rapport moderne.

a) La *collatio emancipati* ayant pour base l'inégalité d'aptitude à acquérir pour eux-mêmes des *sui heredes* et des émancipés, a vu son domaine se rétrécir avec l'effacement de cette différence, avec la reconnaissance progressive du droit des enfants en puissance à avoir des biens propres. Quand on a reconnu le pécule castrens, l'émancipé n'a plus dû la *collatio* des biens qui en eussent fait partie, s'il eût été en puissance. Quand on a reconnu plus tard le pécule quasi-castrens, il n'a plus dû non plus la *collatio* des biens qui en eussent fait partie[2]. Quand on a décidé vers la même époque que les enfants en puissance garderaient la succession maternelle au lieu de l'acquérir pour le père, ils ont perdu du même coup le droit d'en demander la *collatio* aux émancipés. Et par la suite chaque nouvel accroissement du patrimoine adventice a fait une nouvelle suppression dans la liste des biens soumis à *collatio*. On pourrait même croire qu'il n'en reste plus rien sous Justinien, que l'ancienne *collatio* y a disparu avec la différence d'aptitude à être propriétaire des enfants en puissance et des émancipés. Ce serait, croyons-nous, une erreur, au moins pour la période antérieure aux novelles. Il reste encore deux rapports sous lesquels les enfants en puissance ne sont pas, quant au pouvoir d'acquérir pour eux-mêmes, dans la même condition que les enfants *sui juris* : les économies faites sur la jouissance des biens adventices appartiennent au *paterfamilias* et non à eux ; ils ne peuvent valablement recevoir de donations entre vifs du *paterfamilias*. L'émancipé doit donc la *collatio* des économies faites par lui sur la jouissance

1. Cette *collatio* a été établie par l'édit du préteur, d'après Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Quamquam ita demum ad collationem dotis praetor cogat filiam si petat bonorum possessionem* (cf. p. 913, n. 3) et elle s'applique aussi bien à la dot adventice qu'à la dot profectice, d'après Gordien, *C.*, *h. t.*, 4.

2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 15, où le jurisconsulte parlait seulement du pécule castrens seul existant à son époque et qu'on a accommodé au droit nouveau par l'addition du pécule quasi-castrens.

des biens qui, s'il eût été en puissance, eussent été des biens adventices et des donations reçues par lui du *paterfamilias*[1]. Mais c'est tout ce qui reste de l'ancienne *collatio emancipati* dans le droit du Code. Il n'en reste probablement rien dans le droit des novelles[2].

b) En revanche, il existe alors une autre *collatio*, qui a été progressivement organisée par le droit impérial en partant d'un tout autre principe : c'est la *collatio descendentium* due par les descendants à leurs cohéritiers quelconques, dans la succession de leurs ascendants quelconques, à raison des libéralités entre vifs qu'ils ont reçues de ces ascendants et que l'on regarde comme leur ayant été faites non pas par préciput, pour augmenter leur part des biens héréditaires, mais à titre d'avancement d'hoirie, d'avance sur la succession future.

Pour établir cette *collatio* fondée non pas sur la différence d'aptitude à être propriétaire des divers successibles, mais sur la présomption que l'ascendant, ayant pour ses descendants une affection égale, a voulu leur transmettre ses biens pour des parts égales, on n'a eu besoin que de généraliser ce qui se produisait déjà fortuitement dans un cas de *collatio dotis*, dans celui de *collatio dotis profecticiae* où la fille restée en puissance rapportait à la succession du père la dot qu'elle tenait de lui. Mais il n'y avait là d'abord qu'une rencontre accidentelle. Cette *collatio* de la dot profectice n'était qu'une application du principe de la *collatio bonorum* et elle était soumise aux mêmes règles qu'elle. Elle n'était due que dans la succession du *paterfamilias* : elle ne l'était pas par exemple dans celle d'un ascendant maternel ayant constitué une dot adventice. Elle n'était due à l'origine que par la fille venant à la *B. P.* ab intestat. Elle n'était due qu'aux *sui* auxquels le concours de la fille eût sans cela causé un préjudice. Elle ne portait que sur la dot et non sur les autres libéralités. Enfin elle se faisait comme la *collatio bonorum* par une promesse (*cautione*).

Le droit impérial a créé sa *collatio* nouvelle précisément en effaçant à peu près tout cela. Quant aux personnes ayant droit à la *collatio*, Gordien la déclare déjà due non seulement aux *sui*, en face desquels seuls il peut être question d'inégalité de capacité, mais aux émancipés qui ne peuvent l'obtenir qu'en vertu de l'idée de maintien de l'égalité[3].

1. L'exception relative aux donations est faite expressément par Léon, *C. h. t.*, 17, *in fine*. Celle relative aux économies réalisées sur la jouissance des biens adventices n'est signalée par aucun texte formel des compilations de Justinien. Mais elle résulte du principe et elle est confirmée par les Basiliques, 41, 7, 36.

2. C'est l'opinion de beaucoup la plus répandue. Son fondement le plus solide est, à notre avis, dans l'observation que la *collatio emancipati* n'était due que par le successible venant à la *B. P. unde liberi*, qui a certainement été supprimée par la novelle 118, ou à la *B. P. contra tabulas*, qui l'a été probablement par la novelle 115.

3. *C., h. t.*, 4. La constitution révèle un développement doctrinal en signalant comme ayant été adoptée après controverse la règle selon laquelle on doit aux

Quant aux successions, où elle serait due, l'empereur Léon a décidé en 472 qu'elle serait due dans la succession de tout ascendant[1]. Quant aux biens, elle fut étendue par le même empereur de la dot, constituée à la descendante, à la donation en vue du mariage, faite au descendant, et par Justinien aux donations faites en vue d'établissement (*ad emendam militiam*), mais elle ne l'est pas en principe aux autres donations (*donationes simplices*)[2]. Quant au titre auquel on doit venir à la succession pour y être astreint, le successible y a été indifféremment soumis, qu'il vînt en vertu du droit prétorien ou du droit civil, depuis une réforme déjà faite pour l'ancienne *collatio dotis* par Antonin le Pieux[3], mais elle n'était due jusqu'à Justinien que par l'héritier ab intestat : Justinien l'a en outre imposée fort peu heureusement, dans la novelle 16, à l'héritier testamentaire[4]. Enfin le contrat verbal, qui était l'instrument régulier de l'ancienne *collatio*, paraît avoir été remplacé dans les faits par un rapport en nature ou en moins prenant opéré au cours du partage[5].

SECTION III. — Sanction de l'acquisition. Actions du successible.

Le successible devient, par l'acquisition de la succession, propriétaire des choses corporelles du défunt, créancier de ses créances, débiteur de ses dettes, pour le tout, s'il succède seul, pour sa part héréditaire, s'il est en concours avec d'autres, *jure civili*, s'il est héritier civil, *jure praetorio*, s'il est *bonorum possessor*. Il a, sous les mêmes distinctions, pour exercer ses droits, les actions qu'avait le défunt, comme il est tenu de

frères et sœurs émancipés la *collatio* de la dot profectice et non de la dot adventice. La *collatio* de la dot adventice due d'après ce texte aux seuls *sui* cessa de leur être due après la création des biens adventices (pp. 144-145).

1. *C.*, *h. t.*, 17. La constitution n'impose d'ailleurs la *collatio* que dans la succession des ascendants et non dans celle des collatéraux et des descendants où l'idée d'avancement d'hoirie est beaucoup moins naturelle. Le C. civ., art. 843, impose au contraire le rapport à tous les héritiers ab intestat.

2. Léon, *C.*, *h. t.*, 17. Justinien, *C.*, *h. t.*, 20. Le *de cujus* peut au reste soustraire à la *collatio* les avantages qui y sont sujets (Nov. 18, c. 6). A l'inverse, les donations ordinaires sont par exception rapportables, en laissant de côté le cas de donation faite à un fils émancipé à qui la *collatio bonorum* est demandée par les *sui* (p. 912, n. 1) : 1° quand le disposant l'a prescrit expressément ; 2° quand celui qui a reçu une donation simple demande à l'autre le rapport d'une libéralité rapportable, en balance de laquelle on suppose que lui a été faite sa donation simple : *C.*, *h. t.*, 20, 3 (1). Le C. civ., art. 843, soumettait moins raisonnablement au rapport non seulement toutes les donations, mais les legs pour lesquels la présomption de dispense a seulement été admise en 1898.

3. Ulpien, *D.*, 37, 7, *De coll. dot.*, 1, *pr.*, où le jurisconsulte attribue à Antonin le Pieux non pas, comme on a dit, la création de la *collatio dotis*, mais son extension à la fille qui ne demande pas la *B. P.*, se contentant de sa qualité d'héritière civile.

4. Nov. 18, c. 6.

5. Ce système déjà signalé comme possible par les jurisconsultes de l'Empire pour l'ancienne *collatio* (*D.*, 37, 6, *De coll. bon.*, 1, 11. 12) est déjà le seul supposé en vigueur par la constitution de Léon de 472 (n. .

celles qui existaient passivement contre lu . Mais, en outre, il possède, pour réclamer les mêmes choses corporelles, pour recouvrer les mêmes créances, certaines actions que n'avait pas le défunt et qui sont fondées sur sa qualité d'héritier, s'il est appelé par le droit civil, sur sa qualité de *bonorum possessor*, s'il est appelé par le droit prétorien.

I. Hérédité civile (*hereditatis petitio*). — Le droit civil ne présente qu'une action de ce genre ; mais elle est très importante et très ancienne. C'est la pétition d'héré it (*hereditatis petitio, vindicatio generalis*) [1]. Dès le temps des Actions de la loi [2], l'héritier peut, s'il le veut, poursuivre ceux qui détiennent tout ou partie des valeurs héréditaires par cette action générale, en invoquant sa qualité d'héritier, au lieu de les poursuivre par les actions particulières ordinaires, où il invoquerait sa qualité de propriétaire, de créancier et, depuis l'époque de la procédure formulaire, ceux qu'il veut poursuivre par les actions spéciales ordinaires peuvent aussi, dans certains cas, le forcer au moyen d'une exception (*exceptio ne praejudicium hereditati fiat* [3]) à les poursuivre par cette action générale où la question posée ne sera pas une question de propriété ou de créance résultant de l'hérédité, mais directement la question de l'hérédité.

La pétition d'hérédité est, comme la revendication, une action réelle civile qui s'est successivement intentée par *sacramentum in rem*, par *sponsio* et par formule pétitoire, tout en passant un peu plus lentement par les différentes phases [4], et l'on ne dut probablement pas voir à l'origine une grande différence entre la *vindicatio generalis*, donnée pour réclamer une hérédité, et la *vindicatio rei singularis* donnée pour réclamer une chose isolée [5]. Cependant cette différence même d'objet, le fait

1. *D.*, 5, 3, *De hereditatis petitione*. Cf. Francke, *Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel De H. P.*, 1864. A. Leinweber, *Die hereditatis petitio*, 1899.

2. Gaius, 4, 17, dit qu'alors la *vindicatio* réciproque des plaideurs se faisait sur l'une des choses héréditaires.

3. Gaius, 4, 133 ; *D.*, *h. t.*, 5, 2 ; *D.*, 44, 1, *De exc.*, 13. Cf. Dernburg, *Ueber das Verhältniss der H. P. zu den erbschaftlichen Singularklagen*, 1851.

4. D'une part, le *sacramentum* y a subsisté plus longtemps, sous la forme du *sacramentum in personam* de la procédure par *sponsio* déférée aux centumvirs (p. 346, n. 2) pour les pétitions d'hérédité soumises aux centumvirs (p. 875, n. 1) ; d'autre part, Cicéron, qui connaît déjà la formule pétitoire en matière de revendication (p. 346, n. 1), ne paraît pas la connaître encore pour la pétition d'hérédité pour laquelle il ne parle, *In Verr.*, 2, 1, 45, 115, que de la *legis actio sacramenti in rem* et de la procédure *per sponsionem*. L'histoire procédurale de la pétition d'hérédité présenterait une plus grande originalité si l'on admettait avec une idée de M. Dernburg, reprise sans justification nouvelle par M. Jobbé-Duval, *N. R. H.*, 1905, p. 10, n. 5, que la pétition d'hérédité ne se serait jamais intentée à Rome par formule pétitoire devant un *unus judex*. Mais cette doctrine, qui procède de l'idée d'une compétence exclusive des centumvirs en matière de pétition d'hérédité, nous paraît démentie par les textes ; v. par ex. *D.*, 5, 3, *De H. P.*, 40, 4 (Paul) ; 57 (Neratius) ; 58 (Scaevola).

5. La différence relative à la preuve ne devait pas alors frapper beaucoup, et,

qu'elle porte sur une universalité, sur un patrimoine et non pas sur une chose isolée [1], a suffi pour lui donner non seulement quant à la preuve, mais quant aux conditions et aux effets, des règles de fond propres qui constituent l'intérêt que peuvent avoir tant le demandeur que le défendeur à ce qu'elle soit intentée plutôt que la revendication ou plus largement que les actions particulières du défunt [2].

Ces règles de fond ont pour base, à l'époque classique, un sénatus-consulte rendu sous le règne d'Hadrien en l'an 129 après J.-C., et appelé par les interprètes, du nom d'un des consuls qui le proposèrent pour le compte de l'empereur et que l'on croit généralement être le jurisconsulte Juventius Celsus, le sénatus-consulte Juventien, qui fait une distinction très connue entre le possesseur de bonne foi, tenu seulement de rendre son enrichissement, et le possesseur de mauvaise foi, tenu de rendre tout ce qui manque à l'héritier [3]. Mais, quoique l'on considère souvent le sénatus-consulte comme n'ayant fait que ratifier, avec quelques remaniements de détail, un droit coutumier, déjà depuis longtemps constitué, le système qu'il établit ne peut remonter, croyons-nous, au delà du temps d'Hadrien [4]. La distinction fondamentale dont il procède, la distinction du possesseur de bonne foi, à qui son erreur ne doit pas préjudicier, et du possesseur de mauvaise foi, indigne de toute pitié parce qu'il s'est emparé sans droit des choses héréditaires, a rencontré jusqu'alors un obstacle insurmontable dans l'institution de l'usucapion *pro herede*, en vertu de laquelle le possesseur quelconque, de bonne ou mauvaise foi, avait fait un acte licite en s'installant au milieu de l'hérédité, et l'on peut encore apercevoir, à travers les textes, les vestiges d'un régime antérieur

si on y réclamait en bloc un ensemble au lieu d'une chose, le même phénomène se produisait par exemple pour la revendication d'un troupeau, où l'on faisait en conséquence aussi la *vindicatio* et la *contravindicatio* sur l'un des moutons comme pour elle sur une des choses héréditaires (Gaius, 4, 17).

1. Il y a déjà au fond une différence entre la *vindicatio rei singularis* et la *vindicatio gregis*, où le troupeau reste le même, quoique les moutons aient changé. Elle est bien plus grande quand, au lieu d'une *universitas facti*, comme le troupeau, il s'agit d'une *universitas juris* comme l'hérédité, patrimoine comprenant non seulement des choses corporelles, mais des créances, ayant à la fois un actif et un passif, sujet à des fluctuations et à des transformations plus compliquées.

2. Le défendeur y trouvait l'avantage de faire trancher directement et non pas incidemment la question d'hérédité, de faire trancher d'un coup toutes les questions existant entre le demandeur et lui, d'être soumis quant au montant des restitutions à des règles différentes de celles des actions particulières. Le demandeur y trouvait corrélativement les mêmes avantages et en outre celui de pouvoir reprendre les choses héréditaires à un possesseur *pro herede* ou *pro possessore* en prouvant sa qualité d'héritier et non la propriété du défunt (p. 917, n. 6).

3. Le texte du sénatus-consulte rendu à l'occasion d'une *vindicatio caduci* intentée par le fisc est rapporté par Ulpien, *D.*, *h. t.*, 20, 6.

4. Lammfromm, *Zur Geschichte der Erbschaftklagen*, 1887 ; cf. Mitteis, *K. V. I.*, 31, 1889, pp. 68-71. Ce régime, qui date au plus tard des débuts de l'Empire, est attesté par des débris nombreux de la littérature antérieure au sénatus-consulte, par exemple du livre 6 des *Digesta* de Julien (Lenel, 73-89), qui ont été insérés par inadvertance au Digeste, principalement dans des citations de jurisconsulte postérieurs.

où des règles communes, partant d'un principe unique, régissaient toutes les pétitions d'hérédité. Le régime ancien n'a perdu sa raison d'être, le système nouveau n'est devenu possible, qu'à la suite du sénatus-consulte sur la rescision de l'usucapion *pro herede* rendu sous le règne d'Hadrien, que l'on confond parfois avec le sénatus-consulte Juventien, qui s'en distingue à notre avis sûrement, mais qui en a été le préliminaire indispensable[1].

1. *Conditions d'existence de la pétition d'hérédité.* — Les conditions d'existence de la pétition d'hérédité se rapportent, comme celles de la revendication, à son objet et à ses deux sujets actif et passif.

a) L'objet de la pétition d'hérédité n'est pas une ou plusieurs choses corporelles, mais l'hérédité, c'est-à-dire, dans la notion du droit développé, non seulement de celui de Justinien, mais du droit classique, et même déjà du droit antérieur au sénatus-consulte Juventien, une abstraction, un patrimoine indépendant de ses éléments concrets, que l'on réclame en tout ou partie au tiers qui refuse de rendre ce qu'il en retient. En conséquence, elle peut servir à réclamer non pas seulement les choses corporelles héréditaires, qu'on pourrait revendiquer, mais les créances héréditaires, pour lesquelles on n'aurait en son absence qu'une action personnelle, mais une infinité de prétentions pour lesquelles, par suite de ce que l'hérédité est un patrimoine vivant qui se transforme, on n'aurait pas d'action distincte[2].

b) Le demandeur doit, au point de vue positif, être héritier civil, ce qui fait que, pour obtenir par exemple la restitution d'une chose héréditaire, il aura à prouver sa qualité d'héritier et non pas, comme dans la revendication, sa qualité de propriétaire. En outre, au point de vue négatif, on peut dire que, comme dans la revendication, il ne doit pas posséder, mais en observant que, la pétition d'hérédité étant admise non seulement pour des choses corporelles, mais pour des choses incorporelles, il ne peut être question de véritable possession qu'au premier cas et que, dans le second, le défaut de possession revient au défaut de satisfaction.

1. Gaius, 2, 57. Cf. p. 893, n. 1. Le sénatus-consulte est, à notre sens, différent du sénatus-consulte Juventien, d'abord parce que le texte du second, qui nous a été transmis, ne contient rien de pareil, ensuite parce que confondre le second avec le premier c'est confondre l'effet avec la cause.

2. Parmi les prétentions pour lesquelles les actions distinctes n'existent pas ou seraient malaisées à trouver, nous citerons non seulement les acquisitions faites par les esclaves de l'hérédité jacente, non seulement les choses qui étaient entre les mains du défunt sans qu'il en fût propriétaire, à titre de dépôt, de prêt, de louage et que l'héritier a intérêt à reprendre parce qu'il en est comptable envers le propriétaire, mais surtout les valeurs qui, dans l'hérédité considérée comme unité, ont pu remplacer d'autres valeurs, les biens acquis avec les profits de la succession, l'argent résultant de la rentrée des créances héréditaires, celui résultant de la vente des choses héréditaires, dans la mesure où le défendeur en est comptable selon les règles relatives au montant des restitutions tant avant qu'après le sénatus-consulte.

c) La même observation doit être faite pour le défendeur qui n'est sujet à la pétition d'hérédité qu'à condition de posséder[1], mais qui n'a besoin d'avoir que ce qu'on appelle la *possessio juris*, par opposition à la *possessio rei*[2], comme par exemple quand il refuse, en niant la qualité de l'héritier, de payer une créance héréditaire dont il est le débiteur, de rembourser des fonds héréditaires qu'il a touchés[3]. Mais la *possessio facti aut juris* ne suffit pas pour le soumettre à la pétition d'hérédité. Il n'y est soumis que quand il possède *pro herede* ou *pro possessore* : *pro herede*, quand, de bonne ou de mauvaise foi, il se comporte comme héritier, quand il refuse de rendre le bien, de rembourser la créance parce qu'il prétend être l'héritier[4]; *pro possessore*, quand il n'invoque aucun titre, quand il refuse de rendre le bien sans pouvoir alléguer aucun titre[5]. Au premier cas, la pétition d'hérédité est la seule action logiquement admissible, puisque le conflit porte en vérité sur le point de savoir qui est l'héritier. Au second, l'action logique serait l'action par-iculière qu'eût dû intenter le défunt et où l'héritier ne triompherait comme lui qu'en prouvant sa propriété, où il serait même plus mal traité que lui, puisque, ne succédant pas à sa possession, il n'aurait pas les interdits possessoires, même quand le défunt les avait : au lieu de cela, on lui permet d'intenter la pétition d'hérédité, où il triomphera en prouvant sa simple qualité d'héritier comme son auteur l'eût fait sur l'interdit en prouvant sa possession[6]. La pétition d'hérédité, ainsi donnée contre les possesseurs *pro herede* et *pro possessore*, l'a en outre été, à titre pénal, contre les *ficti possessores* : contre celui *qui dolo desiit possidere* par le sénatus-consulte Juventien et sans doute seulement par Justinien contre celui *qui liti se obtulit*[7].

1. Cf. Leonhard, *Der Erbschaftsbesitz*, 1897 ; W. Stintzing, *Beiträge zur römisch. Rechtsgeschichte*, 1901, II, *Ueber das possidere pro possessore* ; H. Krueger, *Z.* de Grünhut, 28, 1901, pp. 772-778. 29, 1902, pp. 502-513.

2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 9.

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 13, 15 ; 16. 1. Cf. la note 5.

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 11, *pr*. Définition différente dans Gaius, *Inst.*, 4, 144.

5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 11, 1 ; 12 : 13, *pr*. 1. On pourrait penser que cela s'applique aussi à la *possessio juris* quand il refuse de payer sans invoquer aucun titre ; mais Ulpien, *D.*, *h. t.*, 42, dit que la pétition d'hérédité n'est possible contre le débiteur que quand il se prétend lui-même héritier.

6. C'est évidemment pour lui un avantage qui balance jusqu'à un certain point l'inconvénient de ne pas succéder aux interdits possessoires du défunt. On l'explique souvent historiquement par l'institution de l'usucapion *pro herede* en disant que, tant qu'elle a duré, le possesseur sans titre était lui-même un possesseur *pro herede*, un aspirant à l'hérédité.

7. V. pour le second cas, la p. 348, n. 3, 2°. Pour le premier, on a soutenu que cette règle portée par le sénatus-consulte, *D.*, *h. t.*, 20, 6, *c* ; 25, 2, s'appliquait déjà à la pétition d'hérédité avant lui (cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, p. 258, n. 16). Mais les textes invoqués dans ce sens nous paraissent plutôt se rapporter aux choses aliénées en dehors de l'intérêt héréditaire, de la valeur desquelles le possesseur était tenu, tant que la chose existait et que le délai de l'usucapion n'é-

2. *Effets de la pétition d'hérédité.* L'effet de la pétition d'hérédité, c'est-à-dire en somme le montant des restitutions qui, dans la formule pétitoire, feront l'objet de l'*arbitratus judicis* suivi à défaut d'exécution de la condamnation, qui, dans la procédure *per sponsionem*, feront celui de la créance sanctionnée par l'action née de la stipulation *pro praede litis et vindiciarum* et, dans le *sacramentum in rem*, celui de l'obligation des *praedes litis et vindiciarum*, n'est pas le même avant et après le sénatus-consulte Juventien.

Avant le sénatus-consulte Juventien, la doctrine a, en partant du caractère d'action générale de la pétition d'hérédité, construit un système selon lequel le possesseur de l'hérédité en voie de l'usucaper *pro herede*, est considéré comme une sorte d'administrateur, comptable jusqu'à cette usucapion, non seulement des choses héréditaires qu'il a encore, mais de l'hérédité même dont il a assumé la charge, telle qu'elle serait s'il l'avait bien administrée. Ce système se révèle avec une netteté particulière relativement aux aliénations faites par lui des choses héréditaires, où il est tenu de la valeur des choses qu'il a aliénées dans son intérêt propre, tant qu'elles ne sont pas détruites ou que le délai de l'usucapion *pro herede* n'est pas expiré, et où, à l'inverse, il est seulement tenu, sous les mêmes conditions, du prix qu'il a reçu, quand il les a aliénées dans l'intérêt de l'hérédité [1]. Mais ces solutions ne sont qu'une application d'une distinction d'ensemble d'après laquelle l'héritier apparent, comptable jusqu'à l'usucapion *pro herede* envers le véritable héritier de la manière dont il a géré l'hérédité, lui doit le profit de ses opérations régulières et le préjudice causé par ses opérations irrégulières. On le considère comme ayant assumé, en s'emparant des biens héréditaires, une responsabilité qui paraît d'autant plus justifiable qu'elle est jusqu'à un certain point balancée par la chance d'usucaper et qu'on impose également à tous les possesseurs, également appelés à bénéficier de l'usucapion, également libérés par elle [2].

tait pas accompli, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi (p. 918, n. 1). Ici il faut que l'aliénation ait été faite de mauvaise foi et l'obligation subsiste malgré la perte de la chose.

1. La distinction est très nettement appliquée à la vente, par Julien, *D.*, *h. t.*, 20, 2, comme aussi par Javolenus, *D.*, *h. t.*, 48, et par Labéon chez Ulpien, *D.*, *h. t.*, 18, *pr.* On la retrouve dans d'autres textes encore. On notera seulement le dissentiment isolé d'Octavenus, qui voulait étendre aux aliénations quelconques les règles bienveillantes de l'aliénation faite dans l'intérêt de l'hérédité, la restriction de l'obligation au prix (*D.*, *h. t.*, 18, *pr.*), et la tentative de Julien rapportée, *D.*, *h. t.*, 33, 1, pour empêcher celui qui avait aliéné dans son propre intérêt une chose héréditaire détruite de s'enrichir du prix.

2. Application de la distinction non plus aux ventes, mais aux achats faits par le possesseur : Julien, chez Ulpien, *D.*, *h. t.*, 20, 1. Application du principe général que le possesseur doit supporter le tort causé par ses opérations irrégulières au cas où il n'a pas vendu un esclave inutile : Julien, chez Ulpien, *D.*, *h. t.*, 33, 1 ; à celui où il a détérioré un fonds en le cultivant *contra consuetudinem veri do-*

Le sénatus-consulte sur la rescision de l'usucapion créa un état de choses nouveau dont le sénatus-consulte Juventien est parti pour distinguer les possesseurs de bonne et de mauvaise foi : le possesseur de mauvaise foi, qui n'a plus de raison licite de s'emparer de l'hérédité, pour lequel par conséquent on maintient toutes les sévérités du régime antérieur en en supprimant les avantages, auquel on applique partout les règles des opérations faites par le possesseur dans son intérêt propre ; le possesseur de bonne foi, pour lequel on atténue la rigueur du régime ancien, auquel on applique les règles des opérations faites dans l'intérêt de l'hérédité, qu'on déclare comptable seulement de ce dont il s'est enrichi, sans doute sous l'empire du tort que lui a causé la suppression de l'usucapion *pro herede*, en voulant que, s'il ne gagne plus rien, il ne perde rien [1].

Parmi les applications multiples de cette distinction faite par les jurisconsultes nous relèverons seulement celles relatives aux pertes et aux détériorations, aux fruits, aux aliénations et aux impenses : 1° Au cas de perte ou de détérioration des choses héréditaires, le possesseur de bonne foi n'est comptable de rien, même quand la perte ou la détérioration vient de prodigalité, de gaspillage, d'incurie extrême. Au contraire le possesseur de mauvaise foi, en vertu de la théorie de la responsabilité conservée pour lui, est tenu de la perte totale ou partielle survenue non seulement par son dol, mais par sa faute [2]. En revanche, nous ne croyons pas qu'il soit tenu des cas fortuits, à moins de demeure résultant d'un délit, par lequel il se serait emparé de la chose ; — 2° Quant aux fruits, ils sont régis, en partant de l'idée qui considère l'hérédité comme un tout, par la règle *fructus augent hereditatem* qui les assimile aux autres valeurs héréditaires [3]. En conséquence, en laissant de côté les fruits postérieurs à la *litis contestatio*, le possesseur de mauvaise foi est comptable de tous les fruits qu'il a perçus ou qu'il aurait dû percevoir ; car il possède les fruits perçus ou a cessé de les posséder par dol et il est responsable de ne pas avoir perçu les autres ; le possesseur de bonne foi est comptable de ceux qu'il a perçus, comme de toutes les autres choses, s'il les a encore, mais il n'est comptable ni de ceux qu'il a consommés, ni de ceux qu'il a omis de percevoir ; — 3° Pour les aliénations, le possesseur de bonne foi, n'étant comptable que de ce dont il s'est enrichi, ne doit que le prix qu'il a reçu ; le possesseur de mauvaise foi doit naturel-

mini : Julien, *D.*, *h. t.*, 54, 2 eut-être aux fruits qu'il a omis de percevoir : Julien, chez Ulpien, *D.*, *h. t.*, 20, 2.

1. *D.*, *h. t.*, 20, 6, *c*.

2. Possesseur de bonne foi : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 25, 11. Possesseur de mauvaise foi : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 25, 2 ; 31, 3 ; 18, *pr*. (où il restreint au possesseur de mauvaise foi la solution donnée sans restriction par Labéon avant le sénatus-consulte).

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 20, 3.

lement tout au moins ce que devrait le possesseur de bonne foi, par conséquent le prix, quand il est supérieur à la valeur actuelle de la chose, mais en outre la valeur de la chose, si elle est supérieure au prix [1]. Seulement on s'est demandé s'il ne fallait pas tirer, en cette matière, une conséquence plus lointaine de l'idée que le possesseur de bonne foi doit seulement ce dont il s'est enrichi, s'il n'en résulte pas que, lorsqu'il a aliéné avec garantie une chose héréditaire, le véritable héritier sera dépouillé du droit de la revendiquer contre le tiers acquéreur. On invoque en faveur du droit pour le tiers de repousser l'héritier, et par conséquent de la validité pratique des aliénations opérées par l'héritier apparent, un texte qui nous paraît probant pour le droit de Justinien, mais non pour le droit classique [2]; 4° Enfin le possesseur de bonne foi peut retenir toutes les impenses, même les impenses voluptuaires, puisqu'il doit seulement son enrichissement et que toutes l'ont appauvri; celui de mauvaise foi peut retenir les impenses nécessaires, comme le défendeur à la revendication et en outre, probablement à raison de l'obligation de gérer dont il est considéré comme tenu, les impenses utiles [3].

1. Possesseur de bonne foi : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 23, *pr.* Possesseur de mauvaise foi : Paul, *D.*, *h. t.*, 36, 3.

2. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 25, 17. Ce texte se demande si, étant donnée une vente du prix de laquelle le possesseur de bonne foi n'a pas tiré d'enrichissement, pour laquelle donc il ne pourrait être poursuivi à raison de son enrichissement par la pétition d'hérédité, le véritable héritier pourra revendiquer sans être repoussé par l'exception *ne praejudicium hereditati fiat* invoquée par l'acheteur du chef de son vendeur. Il répond *et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.* Et la doctrine qui est la plus répandue chez nous en conclut que l'héritier sera repoussé par une exception à moins que l'aliénation n'ait été faite sans garantie. Cependant cette doctrine a toujours rencontré des résistances, et non sans motifs. D'abord il y a d'autres textes qui paraissent impliquer la possibilité de la revendication contre l'acheteur du possesseur de bonne foi (*D.*, *h. t.*, 13, 4; 16, 7). Ensuite la rédaction du texte, qui pose le principe de la revendication, ne va pas très bien avec une exception qui serait plus importante que la règle, les ventes les plus fréquentes de beaucoup donnant lieu à garantie. Enfin cette solution suppose non seulement que sur la pétition d'hérédité le possesseur de bonne foi ne doit rien rendre de plus qu'il n'a, mais, ce qui est une tout autre chose, qu'il ne doit être appauvri en rien par son erreur; or le contraire est dit en plus d'un endroit, ainsi au fr. 25 lui-même dans la partie qui précède (v. par ex., 25, 12). Ces considérations ont porté à écarter le texte de plusieurs façons, par ex. en lisant *licet* au lieu de *nisi* (Francke, p. 154 et ss.; p. 302 et ss.), par ex. en soutenant qu'ici comme dans d'autres cas qu'on relève *nisi* voudrait dire non pas *à moins que*, mais *sauf que* (Serafini, *Archivio*, 20, 1878, pp. 403-425). Mais la correction est condamnée par le manuscrit de Florence et par les Basiliques et la traduction paraît bien forcée. Nous considérons en revanche comme très vraisemblable la conjecture de M. Mommsen adoptée par M. Gradenwitz, *Interpolationen*, pp. 79-80, selon laquelle la finale *nisi*.. *habent* est une interpolation. Seulement alors elle atteste le droit de Justinien. — La suite du texte donne en outre une exception à l'acheteur au cas où le vendeur est disposé à défendre à la pétition d'hérédité comme s'il possédait encore la chose et dans celui où l'héritier a réclamé le remboursement du prix au vendeur. Naturellement la revendication elle-même serait exclue, si l'acheteur avait usucapé.

3. Paul, *D.*, *h. t.*, 38.

On remarquera qu'à la différence de ce qu'on admet d'ordinaire dans la revendication, ni l'un ni l'autre n'a besoin de faire insérer l'exception de dol dans la formule pour faire figurer en déduction de son compte sa créance des impenses : c'est sans doute à cela que Justinien a voulu faire allusion en qualifiant inexactement la pétition d'hérédité du nom d'action de bonne foi[1].

II. *Bonorum possessio.* — Le *bonorum possessor*, n'étant pas héritier, n'avait ni les actions particulières du défunt, qui passent à l'héritier civil en sa qualité de propriétaire des choses héréditaires, de créancier des créances héréditaires, ni l'action *in rem generalis*, la pétition d'hérédité, qui est fondée sur la qualité d'héritier. Mais, puisque le *bonorum possessor* a été progressivement assimilé à l'héritier, il a bien fallu, par des moyens de procédure différents, lui assurer des voies de droit pratiquement équivalentes.

1. *Interdictum quorum bonorum. Interdictum quod legatorum.* La plus ancienne voie de droit donnée au *bonorum possessor* est sans doute l'interdit *quorum bonorum*[2], interdit *adipiscendae possessionis* par lequel le *bonorum possessor* se fera remettre la possession des choses corporelles héréditaires que la concession de la *B. P.* par le magistrat lui a seulement donné le droit d'obtenir. Cet interdit, qui a dû être créé pour assurer au *bonorum possessor* l'avantage du rôle de défendeur à la pétition d'hérédité, mais qui du même coup lui procurait celui d'arriver à l'usucapion *pro herede*, s'il n'y avait pas d'héritier civil ou si l'héritier civil ne réclamait pas, est déjà connu de Cicéron[3].

Tendant à faire acquérir la possession, l'interdit *quorum bonorum* ne peut avoir pour objet parmi les choses héréditaires que les choses corporelles et parmi celles-ci que les choses que le *bonorum possessor* n'a pas encore possédées[4]. Ensuite il appartient seulement à celui qui, d'une part, a obtenu la *B. P.* et, d'autre part, y avait droit[5]. Enfin, quant au défendeur, il n'est naturellement admissible en principe que contre un possesseur, puisqu'il a pour but de lui enlever la possession. Mais il n'est pas donné contre tous les possesseurs : il est donné seulement contre ceux contre qui pourrait être intentée la pétition d'hérédité dans laquelle il ménage le rôle de défendeur : contre le possesseur *pro herede* et le possesseur *pro possessore*, auxquels on a ajouté, probablement

1. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 28 ; *C.*, 3, 31, *De P. H.*, 12, 3.
2. *D.*, 43, 2, *Quorum bonorum*. Gaius, 4, 144. *Inst.*, 4, 15, *De interd.*, 3.
3. *Ep. ad fam.*, 7, 21, où il consulte Trebatius sur la formule *si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor* (Brutus le meurtrier de César, fils adoptif de son oncle Servilius Caepio et préteur urbain en 710) *ex edicto suo mihi dedit.*
4. Choses déjà possédées : Gaius, 4, 144. Choses incorporelles : Paul, *D. h. t.*, 2.
5. Il faut avoir obtenu la *B. P. ex edicto*. Les deux termes sont déjà indiqués, dans la formule de Cicéron, n. 3, et se retrouvent dans le texte de l'interdit, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.*

depuis le sénatus-consulte sur la rescision de l'usucapion *pro herede*, celui qui posséderait à ces titres s'il n'avait pas usucapé *pro herede* et, en vertu du mouvement rattaché au sénatus-consulte Juventien, celui qui, par dol, a cessé de posséder[1]. Il est inadmissible contre ceux qui possèdent à d'autres titres particuliers : il a fallu en conséquence créer un autre interdit spécial, l'interdit *quod legatorum*, qui a plus tard été étendu à l'héritier civil, mais qui a été fait pour le *bonorum-possessor*, afin de lui permettre de reprendre les choses de l'hérédité à ceux qui s'en seraient emparés en s'en prétendant légataires, à ceux qui les posséderaient *pro legato*[2].

La principale difficulté soulevée par l'interdit *quorum bonorum* est relative à ses effets. On discute si c'est un moyen sommaire, qui ne pourrait être repoussé par la preuve du fond et ne le préjugerait pas, ou un moyen définitif, dont le résultat obtenu sur une preuve complète ne pourrait ensuite être mis en question dans un nouveau procès entre les mêmes parties. A notre avis et en négligeant les difficultés accessoires venant des modifications récentes ou du concours d'autres moyens[3], il

1. Texte de l'interdit, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* Certains auteurs soutiennent que l'interdit *quorum bonorum* était donné, dès avant le sénatus-consulte sur l'usucapion *pro herede*, contre celui qui avait usucapé de cette manière : ils font notamment remarquer que, par suite du jeu des délais de l'*edictum successorium*, la *B. P.* ne pourra parfois être obtenue et invoquée par l'interdit que quand un tiers aura déjà eu le temps d'usucaper *pro herede*. Sur une extension du droit byzantin, cf. la note 3.

2. *D.*, 43, 3, *Quod legatorum*. Cf. Ubbelohde, dans Glück, série des livres 43-44, 3, 1891. pp. 140-190. Cet interdit est donné à l'héritier par des textes nombreux du *D.*, mais par interpolation. Sa restriction au *bonorum possessor* résulte du texte pur des *F. V.*, 90, et de la citation d'un débris de l'interdit qu'on a oublié d'interpoler, *D.*, *h. t.*, 2, 1. Cf. Lenel, *Edictum*, § 228. Dans sa fonction générale et définitive, il permet à l'héritier de reprendre les choses qu'on prétend léguées, non seulement pour attendre l'action en délivrance, mais pour avoir plus de facilité à n'exécuter les legs que sur l'actif net et déduction faite de la quarte Falcidia, et il peut avoir eu cette utilité pour le *bonorum possessor*. Mais il lui servait surtout à compléter l'interdit *quorum bonorum* pour les choses possédées *pro legato*. Cf. le texte interpolé d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 4 (Lenel, 1467). V. contre l'essai de résurrection de la doctrine ancienne selon laquelle l'interdit *quod legatorum* aurait appartenu dès le principe à l'héritier fait par M. Lotmar, *Z. S. St.*, 31, 1910, pp. 89-158, les observations probantes de MM. Lenel, *Mélanges Girard*, 2, pp. 63-84, et E. Perrot, *Études Girard*, 1, pp. 171-209.

3. Dans le droit byzantin, l'interdit est provisoire non seulement en ce qu'on considère assez naturellement la décision rendue sur lui comme n'étant pas susceptible d'appel (*C. Th.*, 11, 36, *Quor. app.*, 22), mais en ce que, par une modification bien plus profonde de son système ancien, il est donné contre tous ceux qui ont pris possession des choses héréditaires, à un titre quelconque, sans qu'ils puissent le repousser par la preuve de leur propriété (Honorius et Arcadius, *C. Th.*, 4, 21, *Quor. bon.*, 1, abrégé, *C.*, 8, 2, *Quor. bon.*, 3). Sur Symmaque, *Rel.*, 16 = *Ep.* 10, 29 (36). Kipp, *Festgabe für Windscheid*, 1888, pp. 67-74 et sur le droit byzantin en général, Ubbelohde dans Glück, série des livres 43 et 44, 3, 1881, pp. 92-122. L'interdit *quorum bonorum* s'est aussi, croyons-nous, trouvé en conflit sur certains points avec un moyen provisoire d'un autre ordre, avec la *missio in possessionem scripti heredis*, établie par Hadrien dans le but d'assurer le rendement de la *vicesima hereditatis* et maintenue après la disparition de cet

est définitif quant au seul point auquel il se rapporte, à la *B. P.* : il n'est certainement pas provisoire en ce sens qu'on y devrait seulement prouver la délivrance de la *B. P.* et non le bien-fondé de cette délivrance ; il est, si l'on veut, provisoire en ce sens qu'il ne tranche pas la question d'hérédité, que le succès sur lui ne pourra être invoqué contre la pétition d'hérédité ni être écarté par la preuve de la qualité d'héritier civil du défendeur[1].

2. *Actions fictices de la qualité d'héritier. Hereditatis petitio possessoria.* L'interdit *quorum bonorum* remplaçait jusqu'à un certain point la pétition d'hérédité pour les *bonorum possessores* qui n'étaient pas héritiers civils (*B. P. supplendi, impugnandi juris civilis gratia*), en les habilitant comme elle à réclamer en bloc toutes les choses corporelles du défunt, en suppléant comme elle aux interdits possessoires pour leur permettre de triompher des possesseurs *pro possessore* sans prouver la propriété du défunt. Il était même pour eux complété par l'interdit *quod legatorum* contre les possesseurs *pro legato* en face desquels la pétition d'hérédité n'était pas possible. Mais ces moyens ne pouvaient s'appliquer aux choses corporelles possédées par des tiers à d'autres titres, pour lesquelles l'héritier avait les actions pétitoires du défunt, revendication, action Publicienne, etc. Ils ne pouvaient surtout s'appliquer à ses choses incorporelles, à ses créances pour lesquelles l'héritier avait à la fois les actions personnelles spéciales du défunt et la pétition d'hérédité. Tant que le *bonorum possessor* fut réduit à eux, il ne fut qu'un simple acquéreur des biens corporels, aussi étranger aux créances qu'aux dettes, ne succédant pas plus à l'ensemble de l'actif du défunt qu'à son passif. On changea sa condition, d'abord en transportant activement et passivement sur sa tête comme actions fictices toutes les actions réelles et personnelles qui passeraient activement et passivement de la tête du défunt sur celle d'un héritier civil, puis en créant à son profit une *hereditatis petitio possessoria* symétrique à la pétition d'hérédité civile.

Le préteur a assimilé le *bonorum possessor* à l'héritier en le mettant à

impôt par Justinien : la *missio* dont il s'agit était donnée à l'héritier institué dans un testament valable quant à la forme extérieure, pour obtenir la possession des choses corporelles possédées par le défunt au moment de sa mort, à condition que cet héritier la demandât dans l'année de l'ouverture du testament et qu'il payât l'impôt, d'après Hadrien : pourvu qu'il la demandât avant l'expiration de la prescription trentenaire, sous Justinien. Cf. Paul, *Sent.*, 3, 5, 14-18 ; Justinien, *C.*, 6, 33, *De ed. d. Hadr. toll.*, 3.

1. Preuve de la délivrance de la *B. P.* et du droit à l'obtenir : p. 921, n. 5. Cf. *C.*, 8, 2, *Quor. bon.*, 1. La possibilité de l'intenter contre l'héritier civil résulte de sa destination première et de Gaius, 4, 144 ; celle d'intenter ensuite la pétition d'hérédité résulte de là même ; v. aussi *D.*, 5, 2, *De inoff.*, 16, 1. Le caractère définitif de l'interdit a été soutenu par M. de Savigny, *Verm. Schr.*, 2, 1849, pp. 291-320 ; le caractère provisoire est généralement admis dans des formules diverses.

même d'intenter les actions du défunt avec la fiction de la qualité d'héritier (*ficto se herede*) en même temps qu'il permettait aux créanciers du défunt de le poursuivre avec la même fiction[1]. Cette innovation, qui paraît déjà accomplie au temps de Labéon[2], était évidemment superflue pour les *bonorum possessores* qui étaient déjà héritiers civils : mais c'est elle qui a fait des autres *bonorum possessores* des héritiers prétoriens en les faisant succéder activement et passivement aux droits et actions du défunt ; on remarquera même que rien ne force à la restreindre à ceux d'entre eux dont la *B.P.* était dès alors *cum re* : tous les *bonorum possessores* sont également investis, au regard des tiers, des droits et actions du défunt ; seulement, au cas où la *B. P.* est *sine re*, il y aura lieu à règlement de compte entre eux et l'héritier civil, quand celui-ci intentera sa pétition d'hérédité.

Une seconde réforme a été la création de *l'hereditatis petitio possessoria*[3] donnée au *bonorum possessor* dans les mêmes conditions que la pétition d'hérédité à l'héritier, contre les possesseurs *pro herede* ou *pro possessore*, que ce soient des possesseurs réels ou des *possessores juris*, pour leur réclamer toutes les valeurs héréditaires rentrant dans le cercle de la pétition d'hérédité[4]. La formule de cette action est inconnue. On discute depuis quelle époque elle existe et des auteurs ont soutenu qu'elle date seulement du temps de Justinien, en prétendant notamment qu'elle n'a pu être créée tant qu'il y a eu des *B. P. sine re*[5]. Elle peut avoir été créée par le préteur avant la codification de l'édit accomplie par Julien[6] ; mais, en tout cas, elle existe sûrement à l'époque de ce jurisconsulte[7] et elle n'est pas plus incompatible avec la *B.P. sine re* que

1. Gaius, 4, 34 ; 3, 81. Cf. Lenel, *Edictum*, pp. 177-178 (*Edit*, 1, p. 207).
2. Labéon admet en effet, *D.*, 37, 1, *De B. P.*, 3, 1, la possibilité de la *B. P.* pour une succession où il n'y a pas de choses corporelles ; or, jusqu'à la reconnaissance de l'*hereditatis petitio possessoria*, le *bonorum possessor*, n'ayant l'interdit *quorum bonorum* que pour les choses corporelles (p. 921, n. 4), n'a pu exercer les créances que par nos actions fictices.
3. *D.*, 5, 5, *De possessoria hereditatis petitione*.
4. Gaius, *D.*, *h. t.*, 2.
5. V. notamment en ce sens Leist, dans Glück, série des livres 37 et 38, 2, pp. 283-300.
6. Lenel affirmait sa présence dans l'édit de Julien, *Edit*, 1, p. 205 ; mais il a retiré cette affirmation, *Edictum*, pp. 176-177.
7. V. Lenel, *Edictum*, pp. 175-177 (*Edit*, 1, pp. 204-206). Ubbelohde, dans Glück, série des livres 43 et 44, 1, 1889, p. 122 et ss. Naturellement il ne suffit pas, pour établir l'existence de cette action en droit classique, d'invoquer les deux textes du *D.*, *h. t.* ; car la question est précisément de savoir s'ils ne sont pas interpolés et ils ne sont pas eux-mêmes très probants, ils pourraient facilement s'être rapportés originairement aux actions particulières du défunt intentées par le *bonorum possessor*, *ficto se herede*. Mais, outre que la création d'une action générale propre pour le *bonorum possessor* à l'époque de Justinien ne semble guère vraisemblable, on trouve, au *D.*, deux textes, l'un de Julien, *D.*, 37, 4, *De B. P. contra tabulas*, 13, *pr.*, et l'autre rapportant l'opinion de Julien, *D.*, 37, 10, *De Carb. ed.* 3, 13, qui ne peuvent s'entendre que de l'*hereditatis petitio possessoria*.

les actions fictices de la qualité d'héritier : si elle est intentée par le *bonorum possessor sine re* contre l'héritier, celui-ci la repoussera par une exception [1] ; mais cela ne l'empêche pas de pouvoir être intentée contre tout le monde, par les *bonorum possessores cum re*, contre tous les tiers autres que l'héritier par les *bonorum possessores sine re*.

1. C'est, en dehors de l'application aux créances, la différence qu'il y a entre elle et l'interdit *quorum bonorum*, depuis qu'elle existe, à côté de lui, au profit des mêmes personnes et contre les mêmes personnes. M. Ubbelohde soutient même, en présence de cela, pp. 120-152, que lorsque le défendeur prétendait avoir le droit de conserver la succession, on a fini par lui permettre de repousser l'interdit *quorum bonorum* en demandant à être poursuivi par l'*hereditatis petitio possessoria.*

TITRE III

LEGS ET FIDÉICOMMIS

Celui qui règle le sort de ses biens pour le temps où il n'existera plus n'a pas seulement le droit d'instituer un héritier testamentaire, de désigner un continuateur de sa personne qui succédera à son actif et sera tenu de son passif, qui sera tenu aussi de son culte privé. Il peut en outre faire des libéralités à titre particulier [1] à des individus qui ne seront pas continuateurs de sa personne, qui ne seront tenus ni de ses dettes, ni en principe de ses obligations religieuses. Dans l'ancien droit, la seule libéralité de ce genre était le legs (*legatum*), qui devait être mis dans le testament à la charge de l'héritier institué [2]. Depuis l'époque d'Auguste, il y en a une seconde, le fidéicommis à titre particulier, qui n'a pas besoin d'être contenu dans un testament et qui peut être mis à la charge de quiconque reçoit quelque chose du défunt. Et ces deux sortes de dispositions, qui furent d'abord dans une antinomie décidée [3], ont été progressivement rapprochées pour être finalement confondues par Justinien [4]. Nous exposerons d'abord leurs conditions d'existence et leurs effets ; puis nous étudierons à part deux dispositions qui, tout en rentrant dans le cercle des legs et des fidéicommis, se rapprochent pratiquement à des degrés inégaux des institutions d'héritiers : le legs partiaire et le fidéicommis d'hérédité.

1. La matière, très pratique à Rome, des legs et des fidéicommis occupe une grande place aux *Inst.*, 2, 20-24, et au *Dig.*, livres 30-36. Nous citerons, parmi les commentaires, celui de la collection de Glück, commencé par Arndts, 3 vol., 1868-1878, continué par Salkowski, 1 vol., 1889, et encore inachevé, et l'ouvrage de C. Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fidecommissi*, 1889. La matière connexe des codicilles, *Inst.*, 2, 25, *De codicillis* ; *D.*, 29, 7, *De jure codicillorum* a été traitée dans Glück, par Fein, en 2 vol., 1851-1853.

2. Les deux définitions les plus connues du legs sont celles de Florentinus, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 116, *pr.* : *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*, et de Modestin, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 36 : *Legatum est donatio testamento relicta*. V. aussi Ulpien, n. 3.

3. Ulpien, *Reg.*, 24, 1 : *Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur. Nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur*. Cf. 25, 4.

4. En conséquence il remplace, *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 1, dans la définition de Modestin, n. 2, le mot *testamento* par les mots *a defuncto*.

SECTION I. — Conditions d'existence des legs et des fidéicommis.

§ 1. — Conditions d'existence des legs.

Pour qu'un legs produise effet, il doit avoir été fait valablement et n'avoir pas été atteint d'une cause de nullité.

I. **Eléments requis pour la validité initiale des legs.** — Les conditions nécessaires pour qu'un legs soit valable sont elles-mêmes à la fois des conditions de forme que le temps a atténuées et des conditions de fond qui lui ont beaucoup mieux résisté.

A. Les formes exigées pour le legs se rapportaient à l'acte dans lequel il devait être contenu, à la place qu'il devait y occuper et aux termes dans lesquels il devait être conçu.

1. Le legs ne peut être contenu que dans un testament ou, depuis l'Empire, dans des codicilles confirmés par testament.

Etant une disposition testamentaire, il ne peut rationnellement, comme les autres dispositions testamentaires, institutions d'hérédité, exhérédations, nominations de tuteur ou affranchissements testamentaires, être contenu que dans un testament. C'est une règle rigoureuse au temps où commencent les textes [1] et il n'y a, croyons-nous, aucune raison d'admettre que le droit ancien ait été moins exigeant sous ce rapport [2]. Le seul changement dont nous avons connaissance a au contraire consisté dans une atténuation à la sévérité première du système, produite au début de l'Empire par la reconnaissance des codicilles testamentaires qui, à condition d'être confirmés par un testament, antérieur ou postérieur, peuvent contenir des legs [3].

1. Les définitions de Modestin, p. 926, n. 2, et d'Ulpien, p. 926, n. 3, sont d'accord avec toutes les traditions.

2. M. Cuq, *Institutions*, 1, pp. 120-131, a cependant soutenu, en partant d'une interprétation des XII Tables rejetée plus haut (p. 817, n. 3), que les legs auraient pu anciennement être faits en dehors d'un testament contenant institution d'héritier et que cette exigence n'aurait été introduite que postérieurement. C'est, nous semble-t-il, admettre une recrudescence du formalisme contraire à la marche générale du droit romain. C'est aussi admettre que le testateur ait pu soit faire un testament qui n'appelait pas à toute l'hérédité, si le legs fait auparavant restait valable malgré lui, soit déroger à un premier testament par un autre acte qu'un testament nouveau, si le legs était fait après. Il faudrait, pour le prouver, des témoignages très précis. Nous ne croyons pas que ces témoignages existent. V. dans notre sens, Appleton, *Testament*, p. 58, n. 1. Wlassak, *Z. S. St.*, 31, 1910, pp. 210 et 216.

3. On distingue les codicilles ab intestat adressés à un héritier ab intestat et les codicilles testamentaires adressés à un héritier testamentaire, eux-mêmes subdivisés en codicilles confirmés ou non confirmés par testament, parmi lesquels les confirmés seuls peuvent contenir des legs. Les premiers codicilles contenant des fidéicommis qui furent reconnus comme valables par Auguste, ceux de L. Lentulus, étaient des codicilles confirmés par testament (*Inst.*, 2, 25, *De cod.*, *pr.*) et Auguste les valida, croyons-nous, en formulant l'idée souvent exprimée par la suite que les codicilles confirmés font partie du testament ; cela ne décidait pas encore qu'ils pussent contenir des legs : car les *Inst.*, *loc. cit.*, disent que la fille de Lentulus paya ce qu'elle ne devait pas en exécutant des legs qui y étaient

2. Le legs doit, s'il est dans le testament, y être placé après l'institution d'héritier sans laquelle il ne pourrait exister[1]. Cette règle d'abord absolue fut restreinte par l'institution des codicilles aux legs contenus dans le testament et fut ensuite effacée par la suppression du formalisme.

3. Le legs doit être fait en termes sacramentels, requis à peine de nullité. A l'époque des jurisconsultes classiques, il y a quatre formules, quatre sortes de legs[2] : elles ne sont sans doute pas également anciennes ; mais les deux principales remontent, croyons-nous, l'une et l'autre au temps où le testament se faisait par une véritable loi dont la force législative peut seule expliquer leurs effets[3]. Le premier legs est le legs *per vindicationem*, à la formule duquel le testateur recourt, quand il veut transférer la propriété d'un de ces biens au légataire ou lui donner sur ce bien un droit réel, ainsi un usufruit, et qui tire son nom de l'action réelle (*rei vindicatio*, *vindicatio servitutis*) qu'il donne au légataire[4]. Le second est le legs *per damnationem*, que le testateur emploie quand il veut faire naître une dette à la charge de l'héritier, une créance au profit du légataire et où il prononce contre l'héritier une *damnatio* dont l'effet est, comme en matière de *nexum* ou de délit de la loi Aquilia, de faire naître une *manus injectio* contre le *damnatus*[5]. Mais à côté de ces deux formes principales, il y en a deux autres, sans doute plus récentes, qui en sont des sortes de variantes : le legs *sinendi modo*, par lequel l'héritier est astreint non pas à un fait actif, mais à une abstention, à laisser prendre quelque chose, qui est un remaniement du legs *per damnationem*[6] ; le legs *per praeceptionem*, où le testateur prescrit de prendre avant partage et qui semblerait donc pouvoir uniquement

contenus. Mais cela devait conduire au régime attesté par Gaius, 2, 270 *a*, où les legs contenus dans des codicilles confirmés sont valables. On trouve des exemples de codicilles contenant des legs et d'une clause préalable du testament les confirmant dans le testament de Dasumius, lignes 120-121 et lignes 125 et ss., puis plus clairement encore dans celui de C. Longinus Castor, 2, 2. 9. 10. 15 et ss.

1. Ulpien, *Reg.*, 24, 15 : *Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.*

2. Gaius, 2, 192. Ulpien, *Reg.*, 24, 2.

3. P. 816. On discute lequel des deux legs est le plus ancien. L'opinion la plus répandue (Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 169 ; Wlassak, *Z. S. St.*, 31, 1910, pp. 198-220 ; v. aussi le travail de Lenel cité p. 814, n. 2) considère que c'est le legs *per vindicationem* qui est, dit-on, le plus simple et le plus rigoureux, le seul où il y ait une *delibatio hereditatis*. Une autre doctrine (Hoelder, p. 72) soutient que c'est le legs *per damnationem*, en faisant remarquer, d'une part, le caractère archaïque des actes sanctionnés par le *manus injectio* et, d'autre part, la dérogation présentée par le legs *per vindicationem* et non par lui au principe que l'héritier est *successor in universum jus*. La question perd une partie de sa portée, si on admet avec nous que tous deux remontent au testament comitial.

4. Gaius, 2, 193 194. Ulpien, 24, 3. Formule : *Titio hominem Stichum do lego* ; on admet encore par atténuation les formules *do, lego, sumito, capito, sibi habeto*.

5. Gaius, 2, 201. Ulpien, 24, 4. Formule : *Heres meus Stichum servum meum Titio dare damnas esto*, à côté de laquelle on admet encore les termes *dato, facito, heredem meum dare jubeo*.

6. Gaius, 2, 209. Ulpien, *Reg.*, 24, 5. Formule : *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere atque sibi habere.*

être fait à l'un des cohéritiers institués pour qu'il en obtienne l'exécution par l'action *familiae erciscundae* comme le soutenaient les Sabiniens, mais qui, selon la doctrine des Proculiens qui a prévalu, peut produire même au profit d'un étranger les effets du legs *per vindicationem* dont il est alors une variété[1].

Les termes de chaque formule devaient, comme ceux de l'institution d'héritier, être employés sans modification, à peine de nullité. Seulement, pas plus que pour l'institution d'héritier, le formalisme,qui s'applique à la partie invariable de la disposition, ne s'applique à la partie variable, que l'on remplit d'une manière différente pour chaque cas concret et qui est laissée à la liberté du testateur. Il était étranger à la désignation du légataire qui pouvait comme celle de l'héritier être faite en termes quelconques[2]. Il l'était également aux modalités apposées à la disposition qui pouvait être faite, aussi bien que l'institution d'héritier, sous une condition suspensive[3] ou un terme incertain, mais qui, les mêmes obstacles de fond n'existant plus, pouvait être faite sous un terme suspensif certain[4], et l'on doit en outre noter que, sauf une ou deux réserves (*legatum poenae nomine*[5], par exemple), on appliquait encore ici aux modalités impossibles ou illicites la règle d'interprétation favorable qui réputait la disposition pure et simple au lieu de l'effacer (p. 838, n. 2).

Quant à la partie principale de la disposition, elle put, contrairement à l'ancien régime, être exprimée en termes quelconques depuis la constitution de 439 sur l'abolition des termes sacramentels dans les dispositions de dernière volonté (p. 837, n. 1).

B. Les conditions de fond requises pour la validité initiale des legs se rapportent à leurs sujets, à leur objet et à une règle doctrinale arbitraire appelée du nom du jurisconsulte qui l'a formulée, la règle Catonienne.

1. A la différence de l'institution d'héritier qui met en jeu deux personnes, le disposant et le bénéficiaire, le legs en fait intervenir trois : le

1. Gaius, 2, 216. 217. 221. Ulpien, *Reg.*, 24, 6. Formule : *L. Titius hominem Stichum praecipito*. Cf. Bernstein, *Z. S. St.*, 15, 1894, pp. 26-144.

2. Cf. *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 29. 30. 31.

3. On ne confondra pas avec la condition, le *modus*, qu'on rencontre beaucoup plus en matière de legs qu'en matière d'institution d'héritier et dans lequel le disposant charge le gratifié de faire quelque chose sans subordonner la libéralité à l'accomplissement de la charge. Sur les procédés employés pour en assurer l'exécution (caution, intervention de l'autorité, etc.), cf. Pernice, *Labeo*, 3, 1, pp. 32-79.

4. En revanche le legs fait sous un terme ou une condition résolutoire était nul jusqu'à Justinien, qui le déclara valable, à charge pour le légataire de promettre, avec la garantie de cautions, de rendre la chose à l'événement : *C.*, 6. 37, *De leg.*, 26.

5. Le *legatum poenae nomine relictum*, qui est fait dans le but de punir l'héritier s'il accomplit un certain acte, et non pas de gratifier le légataire, est nul jusqu'à Justinien (Ulpien, 24, 17). Justinien décida qu'il serait valable, qu'il y aurait seulement legs conditionnel, à moins que le testateur n'eût voulu par là

disposant, le bénéficaire et le grevé. Le disposant, le testateur doit naturellement avoir la *testamenti factio* active. Le gratifié, le légataire doit avoir la *testamenti factio* passive [1]. Enfin le grevé ne peut être que l'héritier institué [2]. Seulement, à la différence des dettes qui se divisent de plein droit entre les héritiers, les legs peuvent, au cas de pluralité d'institués, être mis à leur charge pour des parts différentes de leurs parts héréditaires, être mis à la charge des uns et non à celle des autres [3].

2. Le legs peut en principe avoir pour objet toute utilité à procurer au légataire. Pour ne prendre que quelques exemples saillants dans la littérature de la matière, excessivement abondante à cause du caractère pratique donné à ces questions à Rome par la fréquence des legs [4], le legs pouvait porter sur une universalité, sur une hérédité déjà ouverte, sur le pécule d'un esclave, sur une quote-part de l'hérédité du disposant (*partitio legata*) [5]. Il pouvait porter sur une chose corporelle qui pouvait être soit un genre [6], soit un corps certain, et qui, au second cas, pouvait parfaitement être, si le testateur le voulait, la chose d'autrui [7]. Enfin il pouvait porter sur une chose incorporelle, sur une servitude, sur un droit réel, sur un acte de l'héritier [8], surtout sur une obligation déjà existante qui peut être léguée soit par le créancier à un tiers (*legatum nominis*), soit par le créancier au débiteur (*legatum liberationis*), soit enfin par le débiteur au créancier (*legatum debiti*), à condition pour le dernier cas que ce legs assure quelque avantage au créancier (ainsi quand la créance est une créance à terme ou conditionnelle) [9].

forcer l'héritier à quelque chose d'immoral ou d'illicite, auquel cas il reste nul (*Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 36).

1. *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 24.

2. Ulpien, *Reg.*, 24, 20. 21.

3. Neratius, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 124, considère même qu'en mettant nominativement le legs à la charge des divers héritiers, on a voulu remplacer entre eux la division proportionnelle aux parts héréditaires par la division par têtes. En sens contraire, Paul, *D.*, 45, 2, *De duobus reis*, 17.

4. *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 4-23 ; *D.*, 30-34. Nous n'indiquerons que les points les plus fondamentaux.

5. Legs du pécule : p. 938, n. 1 ; du troupeau : p. 938, n. 1 ; d'une part de l'hérédité : p. 946.

6. Il ne faut pas confondre avec le legs de genre, quoique la distinction soit parfois délicate, le legs fait par le testateur d'une chose à choisir dans sa succession (*legatum optionis*) qui anciennement crée au profit du légataire un droit de choisir absolument exclusif et intransmissible, mais qu'après certaines modifications antérieures, Justinien a rendu transmissible (*Inst.*, *h. t.*, 23). Cf. Bernstein, *Z. S. St.*, 1, 1880, p. 151 et ss.

7. Le legs de la chose d'autrui est valable, à condition d'être fait dans les formes convenables, mais, dit le droit nouveau, si le testateur a su que la chose appartenait à autrui et si le légataire le prouve : *Inst.*, *h. t.*, 4. Cf. Gérardin, *N. R. H.*, 1887, pp. 709-724. On fait la même distinction tirée de la connaissance du testateur quand la chose léguée est grevée d'une hypothèque, d'un usufruit (mais non de servitudes prédiales) : l'héritier est tenu de livrer le bien, libéré de la charge, si le testateur la connaissait, et tel quel, au cas contraire : *Inst.*, *h. t.*, 5.

8. Fait de l'héritier : *Inst.*, *h. t.*, 21. Servitudes : p. 379, n. 2. Cf. sur le legs d'usufruit, les pp. 938, n. 3 et 5, et 941, n. 4 et 5.

9. *Legatum nominis* : *Inst.*, *h. t.*, 21. — *Legatum liberationis* : *Inst.*, *h. t.*, 13.

Seulement si tous ces avantages sont en principe susceptibles de faire l'objet d'un legs, on ne peut pas, pour les concéder, recourir indifféremment à l'une ou l'autre des quatre formes. Chacune a son domaine propre en dehors duquel elle ne peut servir. Le legs *per vindicationem* a pour effet de transférer directement du testateur au légataire la propriété ou un droit réel : il ne peut donc porter que sur les choses dont le testateur est propriétaire civil, — en principe propriétaire dès le jour du testament, tout au moins propriétaire au jour du décès pour les choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent [1]. — Le legs *per praeceptionem*, soit dans l'opinion des Sabiniens, où il vise un prélèvement avant partage. soit dans celles des Proculiens où c'est un legs *per vindicationem*, ne peut avoir pour objet qu'une chose appartenant au défunt [2]. Le legs *sinendi modo*, n'obligeant l'héritier qu'à une abstention, ne peut s'appliquer à la chose d'autrui, mais il peut le faire à celle du défunt ou de l'héritier, et aussi, a-t-on admis, à la libération d'un débiteur de l'hérédité [3]. Enfin le legs *per damnationem* lui-même a d'abord dû avoir un domaine restreint qui faisait l'utilité du legs *sinendi modo*, ne pouvoir faire naître que des créances susceptibles de s'exécuter par *manus injectio* [4]. Mais il est arrivé à être le legs le plus large, appliqué partout où il peut être question de créance du légataire, employé non seulement pour la chose du défunt qu'on pourrait léguer autrement, mais pour la chose de l'héritier qu'on ne pourrait sans cela léguer que *sinendi modo*, mais pour le legs de libération qu'on ne pourrait faire sans cela que *sinendi modo*, mais pour d'autres legs qu'on ne pourrait pas faire autrement, legs d'un fait, legs de créance, legs de dette, legs de la chose d'autrui, etc. [5].

En conséquence, il pourra arriver que le testateur fasse un legs nul, parce qu'il aura pris une mauvaise formule, quand il aurait fait un legs valable avec une formule mieux choisie, par exemple, lorsqu'il aura légué une créance ou la chose d'autrui *per vindicationem* au lieu de le faire *per damnationem*. Cet inconvénient, que le testateur eût pu

Cf. l'étude historique de M. H. Krueger, *Z.* de Grünhut, 21, 1894, pp. 289-338. — *Legatum debiti* : *Inst.*, *h. t.*, 14 ; Julien, *D.*, 34, 3, *De lib. leg.*, 11. A l'époque de Justinien, ce legs est presque toujours avantageux en transférant la propriété de la chose due, quand le débiteur en est propriétaire, et en donnant au créancier une hypothèque. Cf. p. 942.

1. Gaius, 2, 196. Ulpien, 24, 7. En conséquence le legs *per vindicationem* d'une chose du défunt n'est valable au regard de chaque héritier qu'en tant qu'il porte sur sa part héréditaire, est nul pour la part dont il n'est pas propriétaire, par exemple quand, étant mis entre deux institutions, il ne peut être regardé comme grevant que le premier institué : Paul, *Sent.*, 3, 6, 2.

2. Gaius, 2, 220. Ulpien, *Reg.*, 24, 11.

3. Paul, 3, 6, 11.

4. P. 928, n. 5. Il ne pouvait non plus s'appliquer, semble-t-il, aux choses qui n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire, comme les fonds provinciaux et les *possessiones* de l'*ager publicus* (Ulpien, *Reg.*, 24, 9 : *Res populi*).

5. Gaius, 2, 202-203. Ulpien, *Reg.*, 24, 8. Paul, *Sent.*, 3, 6, 10. 17.

éviter en faisant à côté de son legs *per vindicationem* un legs *per damnationem*[1], a été effacé, au temps de Néron, par le sénatus-consulte Néronien qui décida que tout legs nul à raison de la formule employée serait réputé fait *per damnationem* (*optimum genus legandi*)[2].

La règle Catonienne[3], formulée soit par Caton l'Ancien, soit plutôt par son fils, décida que tout legs qui n'eût pas produit effet, si le testateur était mort au moment du testament, ne pourrait pas en produire par la suite[4]. Cette règle, motivée par une raison assez obscure, suppose un legs fait au profit d'une personne capable, portant sur un objet licite, mais qu'un obstacle de fait empêcherait d'exécuter au cas de mort immédiate du testateur, par exemple le legs fait à une personne d'une chose qui lui appartient présentement[5], le legs fait à un esclave qui appartient actuellement à l'héritier grevé[6]. Elle est, par sa nature même, étrangère aux legs dont, même en supposant le testateur mort immédiatement, l'effet serait reculé à une époque postérieure, par exemple aux legs conditionnels[7]. La règle Catonienne est également étrangère, malgré quelques menues difficultés, aux institutions d'héritier[8].

II. Causes de nullité *ex post facto*. — Les causes de nullité qui peuvent atteindre après coup un legs valablement fait se rapportent à sa révocation, à sa caducité et à la réduction qu'il peut subir au cas d'em-

1. Les jurisconsultes ne paraissent pas faire allusion à cet expédient (Gérardin, *N. R. H.*, 1887, p. 714). Mais la preuve qu'il n'était pas resté inconnu des Romains résulte des testaments du commencement et de la fin du IIe siècle où l'on voit le testateur faire le même legs à la fois *per vindicationem* et *per damnationem* (testaments de Dasumius, ligne 125 ; de Longinus Castor, 1, 13-16 ; 1, 17-22 ; 2, 17-18).

2. Gaius, 2, 197. Ulpien, *Reg.*, 24, 11 *a*.

3. *D.*, 34, 7, *De regula Catoniana*. Cf. Machelard, *Dissertations de droit romain*, 1882, pp. 469-541.

4. Celse, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* : *Catoniana regula sic definit : quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere*.

5. *Inst.*, *h. t.*, 10. Ce legs ne pourrait produire effet, si le testateur mourait immédiatement, parce qu'on ne peut acquérir un nouveau droit sur ce dont on est propriétaire ; il n'en produira pas, quand bien même, au jour du décès du testateur, le légataire aurait cessé d'être propriétaire de la chose et pourrait donc alors devenir rationnellement créancier ou propriétaire.

6. Le legs ne pourrait produire effet, si le testateur mourait immédiatement ; car il serait acquis au maître du moment du décès (p. 925, n. 1), qui est précisément l'héritier grevé ; au contraire, si l'esclave avait changé de maître auparavant, le legs devrait être acquis au maître nouveau ; il ne le sera pas d'après la règle Catonienne : *Inst.*, *h. t.*, 32. La solution ne serait pas la même pour le legs fait au maître de l'esclave institué ; car, le testateur fût-il mort immédiatement, le legs eût été acquis au maître, mais l'hérédité l'eût été à autrui, si l'esclave avait changé de maître avant l'adition (*Inst.*, *h. t.*, 33 ; cf. p. 938, n. 3).

7. Legs conditionnels : Ulpien, *D.*, 30, *De leg.*, *I.*, 41, 2. Legs dont le *dies cedit* n'a pas lieu au décès en général (p. 938, n. 3) : Papinien, *D.*, *h. t.*, 3. Cf. sur les controverses entre Sabiniens et Proculiens, Gaius, 2, 244.

8. *D.*, *h. t.*, 3 ; 4.

piétement des legs sur la part de l'hérédité réservée à l'institué par la loi Falcidia.

1. La révocation du legs peut être une révocation proprement dite (*ademptio*) ou un transfert du legs (*translatio*)[1].

La révocation devait anciennement, comme le legs lui-même, être faite en termes solennels, symétriques à ceux du legs, et dans un testament, en sorte que, pour révoquer le moindre legs, il fallait faire un nouveau testament. Plus tard on admit qu'elle pourrait être faite non seulement dans un testament, mais dans des codicilles testamentaires[2] et qu'elle pourrait même, *jure praetorio*, résulter, sans testament ni codicille, des circonstances de fait, non seulement de la radiation matérielle qui pour le préteur anéantit aussi l'institution d'héritier, mais de la survenance d'une inimitié entre le testateur et le légataire, mais d'une aliénation de la chose léguée, d'une aliénation quelconque, d'après les uns, d'une aliénation faite dans cette intention, d'après l'opinion de Celse qui a prévalu[3].

Le transfert du legs, analogue à la novation, a lieu quand un nouveau legs est mis, dans des formes convenables, à la place de l'ancien[4].

2. Le legs tombait : 1° d'abord avec le testament, quand il était rompu, quand il devenait *irritum* ou quand il était *destitutum*[5] ; 2° par la mort ou l'incapacité du légataire survenue avant la *diei cessio* (p. 938, n. 1) ; 3° par la perte de la chose[6] ; 4° par l'acquisition à titre gratuit de la chose par le légataire (concours de deux causes lucratives : p. 737, n. 4) ; 5° par l'insuffisance de l'actif, l'héritier n'étant en principe tenu des legs que sur l'actif net[7].

3. Le legs tombe en partie, depuis la loi Falcidia, quand la totalité des legs excède les trois quarts de l'actif héréditaire[8]. Dans le régime primitif, aucune limite n'était tracée au pouvoir de léguer du testateur,

1. Cf. *Inst.*, 2, 21, *De ademptione legatorum et translatione* ; *D.*, 34, 4, *De adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis*.

2. Ulpien, *Reg.*, 24, 29. Cf. *Inst.*, *h. t.*, *pr.*

3. Radiation : *D.*, *h. t.*, 16 ; 17. Survenance d'une inimitié : *D.*, *h. t.*, 3, 11 ; 22. Aliénation quelconque, d'après la doctrine la plus ancienne représentée par Gaius, 2, 198, aliénation faite dans cette intention, ainsi en dehors des cas de nécessité urgente, d'après une doctrine plus récente proposée par Celse et admise par Justinien, *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 12.

4. Paul, *D.*, 34, 4, *De adim. leg.*, 6, *pr.*

5. On remarquera seulement que l'édit prétorien protège le légataire, si, afin de faire tomber les legs, l'héritier institué omet dolosivement d'accepter l'hérédité testamentaire pour la recueillir lui-même ab intestat ou la faire passer à un autre appelé, héritier ab intestat ou substitué (Ulpien, *D.*, 29, 4, *Si quis omissa causa*, 1, *pr.* 13 ; 4, 1). On se rappellera aussi comment le droit impérial a admis que la charge du legs passerait, avec la part vacante, soit aux substitués (p. 897, n. 5), soit en cas d'accroissement aux cohéritiers (p. 895, n. 4).

6. *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 16.

7. Ulpien, *D.*, 36, 1, *Ad S. C. Trebell.*, 1, 17.

8. *Inst.*, 2, 22, *De lege Falcidia. D.*, 35, 2, *Ad legem Falcidiam.*

aucune part n'était réservée à l'héritier institué à l'encontre duquel les legs pouvaient absorber tout l'actif. Le résultat était que l'héritier n'avait alors aucun intérêt à faire l'adition et refusait l'hérédité, ce qui nuisait à la fois à la mémoire du défunt et aux légataires eux-mêmes dont les legs tombaient [1].

Dès le temps de la République, la faculté de léguer fut restreinte par deux lois que Gaius représente, probablement à tort, comme ayant été faites pour remédier à cet inconvénient : la loi Furia *testamentaria*, rendue entre 550 et 585, qui défend de léguer, sauf à quelques personnes, plus de 1000 as et qui punit celui qui aura demandé le legs exagéré en l'obligeant à la restitution d'un multiple ; la loi Voconia de 585 qui, en même temps qu'elle défendit aux citoyens de la première classe d'instituer des femmes héritières, défendit peut-être à eux, peut-être à tout le monde, pour empêcher de l'éluder par des legs, de léguer plus que ne prenait l'héritier institué [2].

Mais les deux systèmes étaient insuffisants, le premier parce que les legs de 1000 as permis par la loi Furia pouvaient épuiser la fortune, s'ils étaient assez nombreux, le second parce que la part assurée à l'héritier par la loi Voconia pouvait être insignifiante s'il n'y avait aucun legs important et s'il y en avait beaucoup de petits. Un système plus pratique fut établi, sous le triumvirat, en l'an 714, par la loi Falcidia, plébiscite qui eut probablement pour cause occasionnelle un impôt de guerre porté alors sur les successions testamentaires et dont il fallait assurer le rendement [3]. La loi Falcidia accorda à l'héritier à l'encontre des légataires un quart de l'actif net, lui assura la quarte Falcidie en défendant de léguer plus des trois quarts (*ne plus civi Romano legare liceat quam dodrantem*). Selon ce système, qui s'appliquait avant Justinien à toutes les hérédités testamentaires sauf à celles de militaires, auquel Justinien admit deux nouvelles exceptions en permettant au testateur d'y soustraire le légataire et en enlevant le droit de l'invoquer à celui qui ne ferait pas inventaire [4], mais qui s'imposait partout ailleurs, l'héritier devait avoir, en vertu de son institution (*jure hereditario*), le quart net de l'hérédité ou de la fraction de l'hérédité pour laquelle il était institué. Sinon, si les legs dont un héritier était grevé dépassaient les trois quarts de ce

1. Gaius, 2, 224.
2. Gaius, 2, 225-226. Cf. sur la sanction de la loi Furia par une *manus injectio pura*, Gaius, 4, 23. Elle est probablement postérieure à la loi Cincia de 550, d'après son système de classification des parents exceptés (cf. Girard, *Mélanges*, 1, p. 101) et elle est antérieure à la loi Voconia de 585. V. sur la date de cette dernière loi, la p. 833, n. 4.
3. Gaius, 2, 227. Date et occasion de la loi : Dion Cassius, 48, 33. Texte : *D.*, *h. t.*, 1, *pr.*, avec les corrections de Gradenwitz, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 116-117.
4. Militaires : *D.*, 29, 1, *De test. mil.*, 17, 4. Exceptions de Justinien : Nov. 1, c. 2, 2.

pour quoi il était institué, ils étaient tous réduits, de plein droit, au moment du décès, proportionnellement à leur importance [1].

§ 2. — Conditions d'existence des fidéicommis.

Les fidéicommis (*fidei commissa*) [2] n'étaient d'abord que de simples prières sans valeur juridique, qu'on n'exécutait que si l'on voulait et pour lesquelles il ne pouvait donc être parlé de conditions de validité. Mais à partir d'Auguste qui invita les chefs de l'administration, les consuls à en assurer le respect, au moins dans certaines circonstances, ils gagnèrent peu à peu une sorte de reconnaissance administrative en vertu de laquelle l'exécution a pu en être sollicitée d'abord des consuls, puis, selon l'importance des affaires, d'eux ou de préteurs spéciaux créés par Claude au nombre de deux et réduits à un seul par Titus [3]. Par contrecoup, ils furent aussi soumis à des conditions légales qui les rapprochèrent des legs, tout en leur laissant un caractère plus libre.

Quant au fond, ils impliquaient par la force des choses, aussi bien que les legs, un objet licite et trois sujets : le disposant, le grevé et le bénéficiaire. Mais, tandis que le legs ne peut être mis qu'à la charge de l'héritier testamentaire, le fidéicommis peut être mis à la charge de qui-

1. La réduction a lieu de plein droit (*ipso jure* : *D.*, *h. t.*, 73, 5), ce qui fait que le légataire *per vindicationem* dont le legs est atteint ne deviendra propriétaire que pour une part indivise, que le légataire *per vindicationem* ou *per damnationem* d'un legs certain soumis à réduction qui demandera le tout commettra une *plus petitio*. — Elle a lieu au jour du décès, ce qui fait que les accroissements ou les détériorations postérieures seront sans effet (*D.*, *h. t.*, 73, *pr.*). — Elle a lieu dès lors que chaque héritier n'a pas sa quarte *jure hereditario*, ce qui fait qu'elle n'est écartée ni par les legs, ni par les donations dont il peut avoir été gratifié par le défunt (*D.*, *h. t.*, 91, *pr.*). — Enfin, chaque héritier ayant droit à sa quarte individuellement, elle se produit, bien que les legs ne dépassent pas les trois quarts de la totalité de l'hérédité, dès lors que l'un des héritiers n'a pas sa quarte (Gaius, *D.*, *h. t.*, 77). Seulement il y a alors une difficulté pour le cas où l'un des institués ne recueille pas sa part et où l'autre la prend à charge de payer les legs d'après le système du droit nouveau sur l'accroissement avec charge (p. 895, n. 4). La question est de savoir si on calculera alors encore la quarte distributivement, en réduisant dès lors qu'une des parts est grevée pour plus des trois quarts, ou en bloc, en ne réduisant que si la somme des legs excède les trois quarts de la succession totale recueillie. Il semble que l'on distinguait selon que le défaillant était celui dont la part était surchargée ou l'autre ; qu'on calculait distributivement dans le premier cas et collectivement dans le second (Gaius, *D.*, *h. t.*, 78 ; cf. sur ce point et sur d'autres difficultés du même ordre, Vangerow, 2, § 535). Quant à la vérification du point de savoir si les legs ont été réduits par la loi Falcidia, et dans quelle mesure, on y procède en faisant successivement une évaluation de l'actif, une déduction du passif, une évaluation des legs et une comparaison des deux masses sur lesquelles les textes et les interprètes donnent des détails abondants (v. en dernier lieu pour les difficultés résultant de conditions, Pampaloni, *B. Ist. D. R.*, 21, 1909, pp. 180-204 ; Vassalli, *B. Ist. D. R.*, 26, 1914, pp. 52-89).

2. *Inst.*, 2, 24, *De singulis rebus per fideicommissum relictis*.

3. Intervention d'Auguste : *Inst.*, 2, 23, *De fideicomm. her.*, 1. Claude et Titus : Suétone, *Claud.*, 23 ; Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 32. Division de compétence selon le taux : Quintilien, *Inst.*, 3, 6, 70. Cf. Mommsen, *Dr. public*, 3, pp. 118-119.

conque recueille une portion des biens du défunt, légataire, fidéicommissaire, héritier ab intestat même [1], ce qui est l'origine de la clause codicillaire, mise dans les testaments pour décider que, s'ils étaient nuls comme tels, ils vaudraient comme codicilles ab intestat imposant à l'héritier légal leur contenu à titre de fidéicommis [2]. D'autre part, tandis que le legs supposait la *testamenti factio* du disposant et du gratifié, le fidéicommis pouvait anciennement être fait par un incapable, un pérégrin, au profit d'un incapable, d'un pérégrin, d'un *caelebs*, d'une *incerta persona*. Mais des actes législatifs ont bientôt porté pour les fidéicommis des incapacités analogues à celles existant en matière de legs [3].

Quant à la forme, ils n'en avaient pas à proprement parler, ils pouvaient être faits d'une manière quelconque, même oralement, même tacitement, à plus forte raison dans des codicilles non confirmés, rédigés d'une manière quelconque [4]. Mais, à une époque où l'institution était solidifiée, le droit chrétien décida que les codicilles ne pourraient être faits qu'en présence du nombre de témoins alors exigé pour le testament, cinq ou sept [5].

Enfin les causes de nullité des fidéicommis sont devenues voisines de celles des legs. Ils sont aussi révoqués par un changement de volonté [6], anéantis par la survenance d'une incapacité, par la défaillance du grevé [7] et ils sont soumis à la déduction de la quarte au profit de l'héritier testamentaire depuis le sénatus-consulte Pégasien, au profit même de l'héritier ab intestat, depuis une constitution d'Antonin le Pieux [8].

1. Légataire, fidéicommissaire : Gaius, 2, 271. Héritier ab intestat : Ulpien, *Reg.*, 25, 4. D'où la possibilité du fidéicommis de famille astreignant l'héritier à transmettre à ses descendants qui transmettront aux leurs (p. 291, n. 7).

2. Paul, *D.*, 28, 1, *Qui test.*, 29, 1. Ulpien, *D.*, 29, 1, *De test. mil.*, 3. Exemple dans le procès-verbal de Ravenne de 474, *Textes*, pp. 812-813. Cf. aussi le testament de Longinus Castor, 1, lignes 13-16, *Textes*, p. 803.

3. Gratifié : le sénatus-consulte Pégasien pour les *caelibes* et les *orbi* ; des sénatus-consultes rendus sous Hadrien pour les pérégrins et les *personae incertae* : Gaius, 2, 285-287. Cependant les Latins Juniens, par ex., sont restés aptes à recueillir des fidéicommis et non des legs : Ulpien, *Reg.*, 25, 7. — Disposant : Ulpien, *Reg.*, 25, 4. Cf. pourtant Ulpien, *D.*, 32, *De leg.*, *III*, 1, 1. 5.

4. Ulpien, *Reg.*, 25, 3. 9. Le fidéicommis était ordinairement fait *verbis precativis* : *Fidei committo*, *rogo*, *peto*, *volo*, *mando*, etc. (Gaius, 2, 249. Paul, *Sent.*, 4, 1, 5. Ulpien, *Reg.*, 25, 2).

5. Constantin prescrivit pour les codicilles ab intestat et Théodose II pour tous les codicilles (*C. Th.*, 4, 4, *De test. et cod.*, 1 ; 7, 2) qu'ils devraient être faits devant cinq ou sept témoins comme les testaments (p. 826, n. 2). Après que le chiffre de cinq témoins eût été écarté pour le testament (p. 826, n. 5), Justinien l'a maintenu comme chiffre distinct pour les codicilles et a interpolé dans ce sens la constitution de Théodose II, *C.*, 6, 36, *De codicill.*, 8, 3.

6. Ulpien, *D.*, 34, 4, *De adim. leg.*, 3, 11. On soutenait même anciennement que les codicilles étaient révoqués par la confection d'un testament ne les ratifiant pas ; mais on a décidé depuis que c'était une question de volonté.

7. Répudiation du grevé : *D.*, 29, 4, *Si quis om.*, 17.

8. Gaius, 2, 254. Paul, *D.*, 35, 2, *Ad leg. Falcid.*, 18, *pr.*

§ 3. — Assimilation des legs et des fidéicommis par Justinien.

Le mouvement qui avait simultanément atténué les conditions de validité des legs et accru celles des fidéicommis ne laissait plus au fond guère qu'une différence entre eux sous ce rapport au temps de Justinien. Le legs pouvait être mis uniquement à la charge d'un héritier testamentaire, le fidéicommis à celle de quiconque recevait quelque chose de l'hérédité. La constitution de Justinien qui fusionna les legs et les fidéicommis eut naturellement pour effet de supprimer cette différence[1], de les assimiler complètement quant aux conditions de validité, notamment de faire que les uns et les autres pourraient, quant à la forme, être contenus soit dans des testaments, soit dans des codicilles faits par écrit ou verbalement avec le concours de cinq témoins[2].

SECTION II. — Effets des legs et des fidéicommis.

On distingue dans l'acquisition des legs et des fidéicommis deux moments principaux, celui où le droit s'ouvre (*dies cedit*) et celui où il est acquis définitivement (*dies venit*).

§ 1. — *Dies cedens.*

L'existence des legs et des fidéicommis dépend à Rome de l'acceptation du grevé. Donc, sauf en présence d'un héritier forcé, qui ne peut refuser, il faut, pour savoir s'il y a legs ou fidéicommis valable, attendre que l'héritier ait pris parti. Et l'on devrait logiquement dire que jusque-là ces dispositions ne peuvent pas produire plus d'effet après la mort du *de cujus* que de son vivant. Mais les jurisconsultes du temps de la République ont inventé, dans l'intérêt des légataires, la théorie de la *diei cessio* qui a ensuite été transportée aux fidéicommis et qui fait produire certains effets à la disposition avant même que l'héritier ait accepté[3].

Le grand effet de la *diei cessio*, celui pour lequel a été inventée la théorie, est de rendre le droit transmissible, quand bien même le bénéficiaire mourrait avant l'adition d'hérédité, de soustraire les legs et le fidéicommis aux risques de caducité résultant du retard apporté par l'héritier à son acceptation. Elle a en outre deux effets secondaires :

1. *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 3. *C.*, 6, 43, *Comm. leg.*, 2.

2. *C.*, 6, 36, *De codic.*, 8, 3 (p. 936, n. 5). Il faut seulement noter la constitution de Justinien (*Inst.*, 2, 23, *De fideic. her.*, 12) selon laquelle celui qui prétend que le défunt avait, par communication directe, chargé le grevé d'une disposition à son profit peut, en jurant lui-même ne pas agir par esprit de chicane (*jusjurandum calumniae*), mettre le prétendu grevé dans la nécessité d'exécuter la disposition s'il refuse de jurer n'en avoir pas connaissance (*quod nihil tale a testatore audivi*).

3. *D.*, 36, 2, *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.*

déterminer les bénéficiaires des dispositions adressées à des *alieni juris*, fixer la consistance des libéralités portant sur des choses susceptibles de variations (legs d'un troupeau, d'un pécule)[1].

Le moment de la *diei cessio* est, en principe, celui de la mort du disposant. Il fut reculé par les lois caducaires au jour de l'ouverture du testament ; mais il a été après leur disparition ramené à son ancienne place par Justinien[2]. Seulement il faut remarquer que, l'effet du legs étant ainsi escompté par interprétation de la volonté du défunt, dans l'intérêt du légataire, la *diei cessio* ne se produira pas au jour du décès quand le testateur a manifesté une volonté contraire en faisant le legs sous une condition ou un terme incertain (mais non sous un terme certain), ni quand l'anticipation serait inutile (legs d'usufruit, d'usage, d'habitation) ou même nuisible au légataire (legs fait à un esclave affranchi ou légué dans le testament)[3]. La *diei cessio* aura lieu à l'événement de la condition, pour le legs conditionnel[4] ; au jour de l'adition d'hérédité pour les legs de droits viagers[5], pour les legs faits à l'esclave affranchi ou légué dans le testament[6].

§ 2. — Acquisition et réputation (*dies veniens*).

Le droit romain, qui escompte l'effet des legs et des fidéicommis pour les rendre transmissibles avant l'adition d'hérédité (*dies cedit*), l'escompte encore en un sens pour les considérer comme acquis au bénéficiaire (*dies venit*), dès avant qu'il les ait acceptés ; mais il laisse d'ailleurs naturellement à ce dernier le droit de les refuser. Nous allons

1. Transmissibilité : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, *pr.* — Bénéficiaire de la libéralité adressée à un *alieni juris* : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, 7. — Consistance du legs : *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 20.

2. Ulpien, *Reg.*, 24, 31. Justinien, *C.*, 6, 51, *De cad. toll.*, 1, 1 *c* (1).

3. Si le *dies cedit* du legs fait à un esclave affranchi dans le testament ou légué à un tiers avait lieu au jour du décès, l'esclave, qui n'acquerra pour lui-même ou pour son nouveau maître que lorsqu'il aura été rendu libre ou sera devenu la propriété du nouveau maître par l'adition d'hérédité, acquerrait le legs à son maître du jour du décès, donc à l'héritier : l'anticipation de la *diei cessio* serait donc, en faisant tomber le legs, nuisible au lieu d'être utile. Elle serait inutile pour les legs d'usufruit, d'usage ou d'habitation, pour lesquels, ces droits étant intransmissibles, son grand effet serait hors de cause. Elle pourrait même, dit-on, être nuisible, pour le droit d'usufruit qui s'éteint par la *capitis deminutio* survenue après la *diei cessio* (*F. V.*, 62) et dont il y a donc avantage à ne pas laisser la *diei cessio* devancer le jour de l'acquisition. Cette extinction par *capitis deminutio* est, en tout cas, la cause pour laquelle on léguait ordinairement l'usufruit *in singulos annos*, *menses*, *dies*, afin d'avoir autant de legs ayant leur *dies cedens* distinct.

4. Condition : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, 2. Terme certain : *D.*, *h. t.*, 5, 1 ; 2, *pr.* En revanche, la *diei cessio* n'est pas retardée par le caractère conditionnel de l'institution de l'héritier grevé (*D.*, *h. t.*, 7, 1. 3. 4).

5. Labéon traitait sur ce point le legs d'usufruit comme un legs pur et simple ; mais la solution contraire proposée par Julien a prévalu (Ulpien, *F. V.*, 60 ; *D.*, *h. t.*, 2 ; 3).

6. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 7, 6 ; 8.

exposer les règles de l'acquisition et de la répudiation d'abord dans leur portée générale, puis dans les complications produites par la pluralité de gratifiés.

I. Règles générales. — Dans la doctrine romaine, le droit qui résulte du legs ou du fidéicommis est acquis et exigible pour le bénéficiaire, sans acceptation de sa part, dès que l'héritier a acquis l'hérédité, soit par adition, soit de plein droit, si la disposition est pure et simple ; dès que l'héritier a acquis l'hérédité et que le terme ou la condition est accomplie, si la disposition est conditionnelle ou à terme[1].

Suivant cette doctrine qui avait été contestée par les Proculiens pour le legs *per vindicationem*, mais qui a prévalu[2], le gratifié acquiert de

1. Dispositions pures et simples : Modestin, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 32, *pr.* Dispositions conditionnelles et à terme : Pomponius, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 45, 1 : *Nec pertinet ad nos legatum antequam dies veniat vel condicio existat.* On remarquera : 1° pour le terme, que, si on s'explique l'ajournement à son échéance non seulement de l'exigibilité, mais de l'existence du droit, dans le cas de legs sous un terme incertain (qui vaut condition) ou dans celui de legs translatif de propriété même sous un terme certain (p. 304, n. 1), on devrait logiquement décider, pour le legs générateur de créance sous un terme certain, que l'exigibilité seule est reculée à l'échéance et que l'acquisition du droit se produit à l'adition d'hérédité (p. 480, n. 1) : la distinction nous semble juste, mais n'est pas faite très nettement dans les textes, cf. Pomponius, *D.*, 35, 1, *De condicionibus*, 1, 1 ; — 2° pour la condition, que les solutions admises en matière de *dies cedit* et de *dies venit* conduiraient à considérer le legs fait sous une condition négative dépendant de la volonté du légataire (*si in Capitolium non ascenderit*) comme acquis au légataire seulement au moment de sa mort. Mais c'est précisément pour ce cas qu'a été introduite la *cautio Muciana* que nous avons vu, p. 839, n. 4, avoir été étendue par interpolation aux institutions d'héritier et sur laquelle nous pouvons renvoyer à l'étude de M. Hugo Krueger, *Mélanges Girard*, 2, pp. 1-34, où se trouve relevée la bibliographie plus ancienne. Quand l'héritier aura acquis l'hérédité, le légataire pourra obtenir délivrance du legs en fournissant caution de le rendre, s'il enfreint la condition. La règle a été introduite d'après Justinien Nov. 22, c. 43, par Q. Mucius-Scaevola, sans doute le consul de 659. Mais elle n'a pas toujours eu à beaucoup près la même étendue. Elle n'a peut-être été portée par Q. Mucius que pour les legs faits par le mari à sa femme sous la condition de ne pas se remarier, pour lesquels elle fut rendue en partie inutile par une disposition de la loi Julia *miscella*, dit Justinien, c'est-à-dire sans doute des lois Julia et Papia Poppaea, autorisant la femme à se marier tout en conservant le legs à condition de le faire dans un délai d'abord d'un an, puis de deux ans depuis son veuvage et de jurer le faire dans le désir d'avoir des enfants. Mais la caution fut étendue, soit dès auparavant, soit tout au moins en droit classique, à toutes les conditions négatives dont l'incertitude doit durer jusqu'à la mort du gratifié qui constituent son domaine propre (*D.*, 35, 1, *De cond.*, 73). Elle devrait donc être étrangère aux conditions portant sur un acte à ne pas faire relatif à un tiers (ne pas l'épouser, ne pas l'affranchir) qui peut finir auparavant par la mort du tiers (*D.*, *h. t.*, 106). Il y a cependant des textes qui montrent qu'on l'a plus ou moins unanimement admise même là, quand son exclusion apparaît comme contraire à l'intention du testateur (*D.*, *h. t.*, 72, *pr.* 1) ou à la morale (en poussant à tuer l'esclave : *D.*, *h. t.*, 7, *pr.*). Justinien l'a étendue à toutes les conditions potestatives négatives et a interpolé dans ce sens plusieurs textes, par ex. les fr. *D.*, *h. t.*, 18 et 7, *pr.* déjà signalés comme interpolés par un autre point de vue, p. 839, n. 4.

2. Gaius, 2, 195.200. Les Proculiens, considérant le legs comme acquis au léga-

plein droit, même à son insu[1]. Il peut répudier et alors il sera réputé n'avoir jamais acquis[2]. Mais, s'il ne veut pas refuser, il n'a pas besoin de faire un acte distinct d'acquisition ; il n'a qu'à faire valoir ses droits judiciairement contre l'héritier. Seulement ces droits ne sont pas les mêmes sous Justinien et avant lui ; d'autre part, avant Justinien, ils diffèrent selon que la disposition est un legs ou un fidéicommis et même suivant la forme des legs.

A. *Epoque antérieure à Justinien.* — 1. *Effets des legs.* Le legs *per vindicationem*, rendant le légataire propriétaire de la chose léguée, titulaire du droit réel légué, lui donne, pour réclamer l'objet du legs, une action réelle, ainsi au cas de legs de propriété, une action en revendication[3], par laquelle il pourra réclamer non seulement la chose, mais tous ses fruits et produits postérieurs à l'acquisition[4], non seulement de l'héritier, mais de tous les tiers détenteurs, sans avoir à craindre les aliénations ni les constitutions de droits réels consenties par l'héritier, au point de vue du droit de suite, ni le concours des créanciers de l'héritier, au point de vue du droit de préférence. En revanche, il ne peut réclamer la chose, de l'héritier comme de tout autre, que telle que ce détenteur l'a, sans pouvoir, en dehors des délits caractérisés, lui demander compte des pertes ou des détériorations.

Le legs *per damnationem* donne au légataire une action personnelle, l'action *ex testamento*, action de droit strict, différente des *condictiones*, dans laquelle le demandeur indique en vertu de quelle cause il agit, qui s'intentait par *manus injectio* sous les Actions de loi et qui a gardé de là le caractère d'être au double *adversus infitiantem* dans certains cas. L'héritier y est un débiteur qui n'est libéré que par la perte de la chose

taire seulement depuis qu'il avait eu la volonté de l'acquérir, admettaient que la chose, *nullius* jusqu'à l'adition, continuait à être *nullius* entre l'adition et l'acceptation du legs, soit pour le legs pur et simple, soit pour le legs conditionnel. Les Sabiniens disaient qu'au cas de legs conditionnel, elle appartenait, entre l'adition et l'événement de la condition, à l'héritier, sous une condition résolutoire, comme il arrive par ex. pour l'esclave affranchi par testament sous une condition, pour le *statuliber*. Quoi que paraisse dire Gaius, c'est la doctrine sabinienne qui a prévalu et c'est elle qui a passé dans les compilations de Justinien. Cf. par ex. Pomponius, *D.*, 8, 6, *Quemadm. serv.*, 19, 1, pour le legs pur et simple ; Ulpien, *D.*, 7, 1, *De usuf.*, 12, 5, pour le legs conditionnel. V. aujourd'hui sur l'histoire du débat, peut-être plus compliquée qu'on ne pense communément, un premier article de M. Wlassak, *Z. S. St.*, 31, 1910, pp. 196-321.

1. Marcellus, *D.*, 28, 1, *Qui test.*, 16, 1. Papinien, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 77, 3.

2. Ulpien, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 44, 1. Conséquences : *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 38, 1 ; 86, 2. La répudiation, étant une aliénation, ne peut être faite par le pupille sans l'*auctoritas tutoris*, Ulpien, *D.*, 27, 9, *De reb. eor.*, 5, 8.

3. Gaius, 2, 194. Cf. p. 928, n. 4.

4. C'est, sauf naturellement le droit aux fruits qui pourrait résulter de la bonne foi, pour l'héritier comme pour les autres tiers, la solution qui nous semble résulter des principes (cf. Africain, *D.*, 41, 1, *De A. R. D.*, 40). Elle est contredite au moins pour le droit de Justinien, par Gordien, p. 941, n. 2.

survenue par cas fortuit et qu'on a fini par regarder comme devant en principe apporter à sa garde les soins d'un bon administrateur (*culpa levis in abstracto*)[1]. Mais c'est un débiteur de droit strict, qui ne doit ni les fruits ni les produits avant la demande en justice, qui ne doit même pas les intérêts des dettes de sommes d'argent après cette demande[2]. En outre, le légataire, étant simplement créancier, ne peut agir que contre lui, sans droit de suite contre les tiers acquéreurs et il ne devrait même pas logiquement avoir de droit de préférence contre ses créanciers ; mais le préteur lui en a donné un en permettant aux légataires d'obtenir la *bonorum separatio* comme les créanciers du défunt et d'exiger de l'héritier une promesse garantie par des cautions (*cautio legatorum*) pour les legs conditionnels ou à terme[3].

Quant aux deux autres variétés de legs, le legs *sinendi modo* fait, comme le legs *per damnationem*, naître une action *ex testamento*, qui seulement n'est jamais au double et où l'on a admis que les intérêts seraient dus à partir de la mise en demeure[4] ; le legs *per praeceptionem* était, dans l'opinion sabinienne, encore un legs générateur de créance, mais sanctionné par l'action *familiae erciscundae*, qui n'était jamais au double et où la faute s'appréciait *in concreto* ; dans l'opinion proculienne, c'était un legs *per vindicationem* générateur d'action réelle[5].

Mais la démarcation dut, non seulement quant aux catégories accessoires, mais quant aux deux catégories fondamentales, être atténuée avec le temps : d'abord en vertu du sénatus-consulte Néronien, qui permettait d'invoquer par l'action *ex testamento*, comme legs *per damnationem*, le legs d'une autre espèce nul à raison de la forme et d'où l'on déduisit que le bénéficiaire d'un autre legs valable pourrait, s'il y avait intérêt, se présenter aussi comme légataire *per damnationem*[6], ce qui

1. Action indiquant sa cause et au double *adversus infitiantem* : p. 623, n. 2. Responsabilité des fautes : p. 669, n. 4. L'élévation de l'action au double a été restreinte par Justinien aux legs pieux (*ad pias causas*) où elle résulte du simple fait qu'on se laisse poursuivre (*Inst.*, 4, 6, *De act.*, 19 ; 26).

2. Fruits : Gordien, *C.*, 6, 47, *De usur. et fruct. leg.*, 4. Intérêts : Gaius, 2, 280.

3. *Separatio bonorum* : p. 905, n. 3. *Cautio legatorum* : *D.*, 36, 3, *Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*. L'exigence de cette caution est déjà attestée, à la fin de la République, par Ofilius, *D.*, *h. t.*, 1, 15. Restitution de la formule dans Lenel, *Edictum*, § 287. Quant au procédé par lequel on obligeait le grevé à la fournir, le légataire pouvait, si l'héritier la refusait, obtenir du préteur une *missio in possessionem legatorum servandorum causa* des biens de la succession retenus par le grevé qui lui permettait de les détenir et de les garder à côté de lui et qui entraînait un *pignus praetorium* (*D.*, *h. t.*, 5, *pr.* ; *C.*, 6, 54, *Ut in poss.*, 3). — Antonin Caracalla a en outre décidé que si le légataire n'était pas payé du legs échu dans les six mois qui suivraient sa demande en justice, il pourrait se faire envoyer en possession des biens de l'héritier lui-même pour se payer sur les fruits (*Missio Antoniniana* : *D.*, *h. t.*, 5, 16-21. 23-25. *C.*, 6, 54, *Ut in poss.*, 6).

4. *Actio incerta ex testamento* : Gaius, 2, 213. Intérêts : Gaius, 2, 280.

5. Gaius, 2, 219-222.

6. Julien, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 84, 13 ; Papinien, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 76, 8.

donnait à tous les legs les effets du legs *per damnationem*, si le légataire le voulait, mais ce qui laissait au legs *per vindicationem* son avantage ; ensuite, avant et après, par l'usage de léguer la même chose à la fois *per damnationem* et *per vindicationem* (p. 932, n. 1), qui devait ménager tout au moins le choix au légataire ; enfin, après la suppression des formules, par la difficulté de reconnaître ce qu'avait voulu faire le testateur. Mais sous ces réserves, la diversité subsista jusqu'à Justinien tout au moins entre le legs *per damnationem*, qui ne faisait naître qu'une créance, et le legs *per vindicationem* valable, qui seul faisait naître une action réelle.

2. *Effets des fidéicommis.* La différence d'effet des legs et des fidéicommis subsista pareillement jusqu'à Justinien. Il y avait une différence de procédure qui disparut avant lui : tandis que les procès sur les legs se jugeaient selon la procédure civile ordinaire, les fidéicommis, rendus obligatoires seulement par voie d'autorité administrative, n'ont jamais donné lieu qu'à une *cognitio extra ordinem* des fonctionnaires administratifs [1]. Mais il y avait des différences de fond : le fidéicommis ne fait jamais naître qu'une créance, qu'à la vérité le droit classique récent a assurée contre les aliénations du grevé en donnant au fidéicommissaire une *missio in possessionem rei* contre les tiers acquéreurs de mauvaise foi [2], et, à l'inverse, le grevé y doit toujours les intérêts depuis la mise en demeure [3].

B. *Epoque de Justinien.* Justinien a remanié et simplifié le système des legs et des fidéicommis : 1° en décidant, par une constitution de 529 [4], qu'il n'y aurait plus qu'une sorte de legs réunissant les effets du legs *per vindicationem* et du legs *per damnationem*, donnant toujours l'action personnelle et donnant, toutes les fois que le transfert de propriété serait possible, une action réelle [5]; —2° en accordant par la même constitution au légataire, à côté de l'action personnelle contre le débiteur du legs et de l'action réelle portant sur la chose léguée, une action hypothécaire sur les biens de la succession, en établissant à son profit une hypothèque sur les biens meubles et immeubles de la succession

1. Gaius, 2, 278. Cf. p. 935, n. 3.

2. Paul, *Sent.*, 4, 1, 15. Cf. Scaevola, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 89, 7. Cette *missio in rem*, qu'il ne faut pas confondre avec la *missio in possessionem hereditatis* (p. 941, n. 3) qui fut étendue des legs aux fidéicommis (*D.*, 36, 3, *Ut leg.*, 14, *pr.*), a été abolie par Justinien, *C.*, 6, 43, *Comm. leg.*, 3, 2. V. Salkowski, dans Glück, pp. 618-660.

3. Gaius, 2, 280.

4. *C.*, 6, 43, *Comm. leg.*, 1, résumée *Inst.*, *h. t.*, 2 : *Ut omnibus legatis una sit natura et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam.*

5. Malgré la généralité des termes de Justinien, cette action ne peut naturellement exister que quand le legs fait acquérir un droit réel : elle n'existera donc ni quand le testateur aura légué la chose d'autrui, ni quand par exemple il aura fait un legs de créance, un legs de libération, un legs du fait de l'héritier.

recueillis par chaque héritier pour la portion du legs due par lui[1]; — 3° en fusionnant, moins de deux mois après, les legs et les fidéicommis qui s'empruntèrent leurs avantages réciproques ; en sorte que par exemple toutes les dispositions firent naître les actions réelle et hypothécaire des legs et donnèrent droit aux intérêts moratoires des fidéicommis[2].

II. Pluralité de gratifiés. — De même que le disposant peut instituer plusieurs héritiers, il peut faire au profit de plusieurs personnes des legs ou des fidéicommis portant sur le même objet. Mais ici les règles ont beaucoup varié avec la nature des dispositions et même avec les époques, tant pour le cas où tous les appelés viennent bénéficier de la disposition faite à leur profit que pour celui où quelques-uns d'entre eux font défaut.

1. S'ils viennent tous, il faut distinguer les dispositions translatives de propriété, comme étaient à l'époque classique les legs *per vindicationem* et *per praeceptionem*, et celles génératrices d'obligations, comme étaient alors le legs *per damnationem*, le legs *sinendi modo* et les fidéicommis.

Au cas de legs *per vindicationem* ou *per praeceptionem*[3], le legs, fait pour la totalité de la chose à plusieurs, non pas par conséquent celui où l'on lègue à l'un une partie de la chose et à l'autre une autre partie de la chose, où il y a legs de deux choses différentes, mais celui où on lègue toute la chose sans assignation de parts, que ce soit dans une disposition unique (*conjunctim* : *Titio et Seio hominem Stichum do lego*) ou dans deux dispositions distinctes (*disjunctim* : *Titio hominem Stichum do lego. Seio hominem Stichum do lego*), transfère à chacun une propriété qui serait complète s'il était seul, mais qui est limitée par le concours des autres (*concursu partes fiunt*), en sorte qu'ils se trouvent, comme tous ceux qui acquièrent en commun une chose corporelle, copropriétaires indivis[4].

1. Aux termes de l'article 1017, C. civ., chaque héritier est au contraire tenu des legs personnellement pour sa part et portion et hypothécairement pour le tout. C'est un point controversé de savoir si, à Rome, l'héritier tenu du legs, avant le partage, hypothécairement pour sa part, ne se trouve pas, après le partage, tenu hypothécairement pour le tout sur les biens mis dans son lot et hypothéqués à la fois à sa dette et à celle de ses cohéritiers.

2. *C.*, 6, 43, *Comm. leg.*, 2, résumée *Inst.*, *h. t.*, 3. On remarque toujours que l'assimilation des legs et des fidéicommis particuliers n'a pas supprimé la différence de l'affranchissement testamentaire et du fidéicommis de liberté (p. 122, n. 4).

3. Les complications résultant de la pluralité de gratifiés sont encore multipliées au cas de *praelegatum*, de legs faits comme l'ancien legs *per praeceptionem* à un des héritiers qui en sont grevés, sur lequel nous renverrons seulement à Vangerow, 2, § 523.

4. Legs *per vindicationem* : Ulpien, *Reg.*, 24, 12 : *Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, sive conjunctim velut 'Titio et Seio hominem Stichum do lego', sive disjunctim velut 'Titio hominem Stichum do lego. Seio eundem hominem do*

Quant aux autres dispositions, elles font naître des droits de créance pour lesquels pas plus ici qu'ailleurs il n'y a d'indivision. Si la même chose a fait l'objet d'un legs *per damnationem*, d'un legs *sinendi modo* ou d'un fidéicommis unique adressé à plusieurs personnes (*conjunctim*), chaque personne devient, en vertu du principe de la division des obligations entre les créanciers, créancière distincte de sa part de la chose (*damnatio partes facit*), comme si le défunt la leur avait promise par un même contrat. Si au contraire les dispositions ont été faites séparément (*disjunctim*), chacune fait naître une créance distincte de la chose, comme il arriverait si le défunt avait promis la même chose à plusieurs créanciers, et le grevé sera tenu de payer la chose en nature ou en équivalent à chacun, au cas de legs *per damnationem* et de fidéicommis; au cas de legs *sinendi modo*, on discutait, à cause de la formule du legs, s'il n'était pas libéré après avoir donné la chose à l'un[1].

Cette diversité de règles, étant un simple résultat de la différence des dispositions translatives de propriété ou génératrices d'obligation, a subsisté, sauf les difficultés d'interprétation qu'a pu susciter l'effacement des formes, jusqu'à Justinien qui donna à tous les legs, aussi bien qu'aux fidéicommis, l'effet du legs *per vindicationem*[2].

2. Quand l'un des appelés venait à manquer, le débiteur était libéré de ce qu'il aurait dû, au cas de legs *per damnationem*, de legs *sinendi modo* ou de fidéicommis[3]. Mais au cas de legs *per vindicationem* ou de legs *per praeceptionem*, fait pour le tout, le légataire restant devenait propriétaire de la totalité de la chose léguée, absolument comme l'héritier restant le devenait, en face du défaut des autres, de la totalité de l'hérédité par la disparition de celui dont le concours eût restreint son droit[4]. Ici encore il y a un accroissement qui est plutôt en vérité un non-décroissement et qui, comme en matière d'hérédité (p. 895), est forcé, a commencé par être sans charge et, sauf dans la matière un peu anormale du legs d'usufruit, a lieu *portionī* et non *personae*[5].

lego', *jure civili concursu partes fiebant.* Gaius, 2, 199. Legs *per praeceptionem :* Gaius, 2, 223.

1. Legs *per damnationem* : Ulpien, *Reg.*, 24, 13. Gaius, 2, 295. Legs *sinendi modo* : Gaius, 2, 215. Fidéicommis : *F. V.*, 85, *in fine*.

2. *C.*, 6, 51, *De cad. toll.*, 1, 11.

3. V. les textes cités, n. 1.

4. Ulpien, 24, 12 (suite) : *Non concurrente altero pars ejus alteri adcrescebat.* Gaius, 2, 199.

5. *D.*, 35, 1, *De cond.*, 25, 1 ; 30. En matière d'usufruit, l'accroissement a lieu non seulement, comme pour la propriété, quand le colégataire disparaît avant d'avoir acquis le droit, mais même quand il a acquis le droit et qu'il le perd par la suite, par exemple par la mort ou le non-usage (*D.*, 7, 2, *De usufr. adcresc.*, 1, 3 = *F. V.*, 77), en outre cet accroissement profite même au légataire qui a déjà perdu sa propre part d'usufruit, par ex. en demandant le tout par l'action confessoire quand il n'était qu'usufruitier d'une partie, *quia ususfructus non portioni sed homini adcrescit* (Paul, *D.*, 44, 2, *De exc. rei jud.*, 14, 1). V. pour d'autres détails, Vangerow, 2, § 554 ; Windscheid, 3, § 645.

Seulement le système de l'accroissement a été modifié en matière de legs comme en matière d'hérédité par les lois caducaires. Il continue bien à fonctionner pour les dispositions *pro non scriptis*, et au profit des personnes ayant le *jus antiquum*, ou encore pour les legs d'usufruit[1]. Mais, en dehors des legs d'usufruit, pour les *caduca* et les *in causa caduci*, par rapport auxquels l'accroissement n'est pas maintenu par la présence d'un légataire ayant le *jus antiquum*, il est remplacé par le *jus caduca vindicandi*, en vertu duquel encore ici l'acquisition a lieu de plein droit, mais est volontaire, avec charges et opère *personae* et non *portioni*. Quant aux personnes auxquelles sont arbitrairement attribuées les parts vacantes des legs, ce sont : d'abord, les *colegatarii patres*, c'est-à-dire, dans l'interprétation qui a prévalu[2], les légataires *patres* appelés par la même disposition que le défaillant, en appelant les uns après les autres les légataires conjoints ayant antérieurement droit à l'accroissement (*conjuncti re et verbis*) et les légataires appelés par la même disposition à des parts différentes et précédemment exclus de l'accroissement (*conjuncti verbis tantum*); puis, à leur défaut, les *heredes patres* ; seulement, à défaut d'*heredes patres*, les *legatarii patres*, y compris ceux appelés *disjunctim* à la même chose et au profit desquels fonctionnait auparavant l'accroissement (*conjuncti re tantum*).

Justinien, qui abolit les dernières traces des lois caducaires et qui fusionna les legs et les fidéicommis, décida qu'il y aurait accroissement pour les legs faits sans assignation de part, mais il décida que cet accroissement serait volontaire et avec charges si le legs avait été fait *conjunctim*, forcé et sans charges s'il avait été fait *disjunctim*[3]. Rien ne prouve qu'il ait, contre toute logique, admis l'accroissement au cas de legs fait avec assignation de part[4].

1. Nous admettons naturellement les principes déjà indiqués, p. 896, soit quant aux *pro non scriptis*, régis par l'accroissement ancien, du moment que les colégataires du défaillant ont la *solidi capacitas*, soit pour les *caduca* et les *in causa caduci* qui, croyons-nous, y restent soumis, quand le colégataire a le *jus antiquum*. Quant à l'usufruit, on l'a laissé soumis aux anciennes règles, parce que, n'étant pas transmissible, il n'eût pu donner lieu au *jus patrum*.

2. Paul, *lib. 6 ad legem Juliam et Papiam*, *D.*, 32, *De leg.*, *III*, 89 ; *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 142.

3. *C.*, 6, 51, *De cad. toll.*, 1, 11, résumé *Inst.*, 2, 20, *De leg.*, 8.

4. Les textes de Paul, n. 2, dans lesquels on a cru voir la preuve du contraire et dont l'influence peut encore être aperçue dans les art. 1044-1045 du C. civ., étaient, comme leur distinction des légataires conjoints *re et verbis*, *re tantum* et *verbis tantum*, exclusivement relatifs au système arbitraire des lois caducaires aboli par Justinien et n'ont été insérés au Digeste que par mégarde.

SECTION III. — **Legs partiaire et fidéicommis d'hérédité**.

I. Legs partiaire. — Le testateur pouvait, au lieu de valeurs individuellement déterminées, léguer une quote-part de sa fortune, de son hérédité (*partitio, partitio legata*)[1]. Cette disposition, qui fut probablement inventée pour tourner la loi Voconia défendant aux citoyens de la première classe d'instituer des femmes héritières, a pu atteindre son but, parce que, tout en faisant obtenir une quote-part de la succession, elle reste une disposition à titre particulier, parce que le légataire partiaire est, comme tous les autres légataires, un simple successeur à titre particulier, en face duquel l'héritier seul a la qualité de successeur à titre universel. En conséquence : 1° le legs partiaire tombe, comme les autres dispositions testamentaires, avec le testament, si l'héritier institué répudie ou meurt avant d'avoir accepté ; 2° tandis que l'héritier institué pour une fraction quelconque a, pour réclamer sa part indivise des choses héréditaires, une action en partage ou, si sa qualité est contestée, en pétition d'hérédité, le légataire partiaire, n'étant pas même un légataire *per vindicationem*, mais un légataire *per damnationem*, n'a, pour la réclamer, qu'une action personnelle *ex testamento* sur laquelle on discutait si l'héritier était obligé de lui donner sa part en nature ou pouvait se contenter de lui en payer l'estimation[2] ; 3° il n'est pas plus créancier des créanciers héréditaires qu'il n'est débiteur des dettes héréditaires : l'héritier et lui, devant tenir compte des unes et des autres pour déterminer la part qui lui revient, procèdent par suite à des stipulations réciproques par lesquelles l'héritier promet de lui donner ce qui lui revient sur le produit des créances et lui de rembourser ce qu'il doit supporter sur les dettes (stipulations *partis et pro parte*[3]).

II. Fidéicommis d'hérédité[4]. — Le legs peut, au lieu de porter sur des choses isolées, porter sur une fraction de l'hérédité. Le fidéicommis peut également, au lieu de porter sur des choses isolées, porter sur une fraction ou même sur la totalité de l'hérédité[5]. C'est le fidéicommis

1. Ulpien, *D.*, 36, 1, *Ad S. C. Trebell.*, 23 (22), 5. Le legs partiaire est déjà connu comme pleinement développé par Trebatius, Cascellius, Ofilius, *D.*, 28, 6, *De vulg. subst.*, 39, *pr.* Ulpien, *Reg.*, 24, 26, donne pour le cas fréquent où le legs portait sur la moitié de l'hérédité, mais en remarquant qu'il pourrait aussi bien porter sur un quart ou un tiers, la formule : *Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor, dividito*. Exemple pratique dans la *laudatio* de Murdia qui, au temps d'Auguste, *omnes filios aeque fecit heredes, partitione filiae data* (*Textes*, p. 818) ; cf. Cicéron, *Pro Caecina*, 4, 12.

2. Pomponius, *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 26, 2.

3. Ulpien, *Reg.*, 25, 15.

4. *Inst.*, 2, 23, *De fideicommissariis hereditatibus*.

5. En effet, il n'était pas soumis à la loi Voconia défendant de léguer plus de la moitié et il ne fut soumis à la loi Falcidia que par le sénatus-consulte Pégasien (p. 936, n. 8). Formule dans Gaius, 2, 250.

d'hérédité qui, comme legs partiaire, était à l'origine une simple disposition à titre particulier, en face de laquelle l'héritier grevé, le fiduciaire demeurait le seul successeur universel, le seul contiunateur de la personne. Mais il a reçu progressivement de la loi un développement qui a modifié son caractère.

Pour ne pas remonter aux temps antérieurs à Auguste [1], où le fidéicommis n'avait aucune valeur juridique, le fidéicommissaire d'hérédité est, à l'époque qui suit la reconnaissance des fidéicommis, un successeur à titre particulier, ayant uniquement contre le fiduciaire une créance assez analogue à celle qu'a le légataire partiaire contre l'héritier en vertu de son legs *per damnationem*. Son droit tombe comme celui du légataire, si le grevé ne recueille pas la succession, s'il répudie. Il n'acquiert comme lui les choses héréditaires que quand le grevé lui en transfère la propriété. Enfin, n'étant pas plus que lui titulaire des obligations héréditaires, il procède comme lui avec l'héritier à des stipulations réciproques destinées à lui assurer le produit des créances et à lui imposer la charge des dettes : stipulations *partis et pro parte*, au cas de fidéicommis partiel ; stipulations *emptae et venditae hereditatis*, calquées sur celles de l'acheteur et du vendeur d'hérédité, au cas de fidéicommis universel [2]. Ce système, où l'on dit que le fidéicommissaire était *loco emptoris*, avait le triple inconvénient d'impliquer à la fois pour les choses corporelles et pour les obligations des transferts compliqués, d'exposer le fiduciaire et le fidéicommissaire à souffrir de leur insolvabilité réciproque, de permettre au fiduciaire de faire tomber le fidéicommis en répudiant.

Un sénatus-consulte rendu sous Néron, probablement en l'an 56, le sénatus-consulte Trébellien [3], supprima les deux premiers inconvénients, fit le fidéicommissaire être *loco heredis* au lieu d'être *loco emptoris*, en décidant que la simple convention de restitution intervenue entre le fiduciaire et lui (*restitutio*) aurait pour résultat de faire passer *jure praetorio* sur sa tête, un peu comme sur celle d'un *bonorum possessor*, tant la propriété des choses corporelles que les créances et les dettes ; de pa-

1. Exemple du VII[e] siècle de Rome : Cicéron, *De finibus*, 2, 18, 58.

2. Stipulations *emptae et venditae hereditatis* faites à la suite d'une vente simulée d'hérédité conclue pour un prix fictif : Gaius, 2, 252. Stipulations *partis et pro parte*. Gaius, 2. 254. 257.

3. *D.*, 36, 1, *Ad S. C. Trebellianum*. Gaius, 2, 253. *Inst.*, *h. t.*, 4. Texte : *D.*, *h. t.*, 1, 2. D'après Ulpien, qui donne sa date de la manière la plus complète, *D.*, *h. t.*, 1, 1, il a été rendu le 25 août, sous le règne de Néron (octobre 54-juin 68), sous le consulat de Sénèque et de Trebellius Maximus, c'est-à-dire non pas, comme dit une conjecture ancienne et certainement fausse, en l'an 62, mais, Trebellius Maximus ayant été consul avant l'an 61 où il occupa des fonctions consulaires (Tacite, *Ann.*, 14, 46) et le consulat étant occupé au mois d'août des années 57-60 par des collèges aujourd'hui connus, le 25 août 56 ou le 25 août 55, probablement le 25 août 56. Cf. *Prosop.*, III, p. 335.

ralyser par une exception (*exceptio restitutae hereditatis*) au profit du fiduciaire et contre lui les actions héréditaires en même temps qu'elles étaient transférées sur la tête du fidéicommissaire, à la fois investi activement et passivement d'actions utiles à formule fictice équivalentes aux actions héréditaires particulières et d'une action générale équivalente à la pétition d'hérédité (*hereditatis petitio fideicommissaria*)[1]. Mais le dernier inconvénient subsistait. Si le fiduciaire ne courait plus de danger à accepter, il pouvait n'y avoir pas d'intérêt, et en répudiant il faisait tomber le fidéicommis.

Un sénatus-consulte rendu sous Vespasien[2], le sénatus-consulte Pégasien, créa cet intérêt pour le fiduciaire en étendant aux fidéicommis la loi Falcidia, et en même temps, pour le cas où cet appât ne suffirait pas à déterminer le fiduciaire, il décida que le fidéicommissaire pourrait le faire contraindre par le magistrat à accepter[3]. Seulement, probablement parce qu'on considérait que des dispositions ne pouvaient être réduites par la quarte qu'à l'encontre de légataires, on dit que, lorsque le fiduciaire invoquerait la quarte en acceptant, le transfert du Trébellien n'aurait plus lieu, les droits et actions du défunt resteraient sur la tête du fiduciaire qui procéderait avec le fidéicommissaire aux stipulations *partis et pro parte*[4] et la doctrine qui a prévalu a admis qu'il en serait ainsi même lorsque l'héritier ayant droit à la quarte ne ferait pas la retenue, sauf qu'alors les stipulations portant sur le tout seraient les stipulations *emptae et venditae hereditatis*[5]. Le fidéicommissaire était là de nouveau seulement *loco legatarii*, dit-on au premier cas, *loco emptoris*, pourrait-on dire au second. Il ne restait, comme sous le Trébellien, *loco heredis*, que quand le testateur avait laissé la quarte au fiduciaire[6] ou quand celui-ci n'acceptait que sur l'ordre du magistrat[7].

Justinien rétablit la simplicité en décidant, en termes singuliers, que le fidéicommissaire serait toujours *loco heredis* et qu'il n'y aurait donc

1. Restitution par simple convention : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 38 (37), *pr.* Exception : Julien, *D.*, *h. t.*, 28 (27), 7, *Hereditatis petitio fideicommissaria* : Ulpien, *D.*, 5, 6, *De fideicommissaria hereditatis petitione*, 1. Actions héréditaires utiles : Ulpien, *D.*, *eod. tit.*, 3, 2 ; formule fictice : paraphrase dite de Théophile, 2, 23, 4. Cf. Lenel, *Edictum*, § 68.

2. Le sénatus-consulte a été rendu sous des consuls ignorés, Pegasus et Pusio, d'après Gaius, 2, 254, et Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 5, au temps de Vespasien (69-79), d'après Justinien. La date de 73 ap. J.-C., qui lui est encore assignée parfois, est une conjecture gratuite.

3. V. pour la première décision, Gaius, 2, 254 ; pour la seconde, Gaius, 2, 258. Ulpien, *Reg.*, 25, 16. La restitution a même fini par être réputée accomplie, au cas où elle ne peut avoir lieu parce que le fiduciaire est mort sans avoir accepté, ou est mort avant le disposant : Marcien, *D.*, 29, 1, *De test. mil.*, 14. Justinien, *C.*, 6. 49, *Ad S. C. Trebell.*, 7, 1 *b*. 1 *c*.

4. Gaius, 2, 254. 257. Ulpien, 25, 14.

5. Gaius, 2, 257. Cf. en sens contraire, Paul, *Sent.*, 4, 3, 2.

6. Gaius, 2, 255. Ulpien, 25, 14.

7. Gaius, 2, 258. Ulpien, 25, 16.

plus jamais besoin des stipulations entre lui et le fiduciaire, mais en maintenant néanmoins pour le fiduciaire le droit à la quarte et en maintenant aussi la soustraction du fidéicommissaire à l'arbitraire du fiduciaire [1]. Et ces règles se sont, croyons-nous, appliquées à la fois aux legs partiaires et au fidéicommis d'hérédité, par suite de la fusion des legs et des fidéicommis. En revanche, il serait inexact de penser qu'elles aient supprimé toute différence entre l'héritier institué et celui qu'on appelle l'héritier fidéicommissaire. Justinien qui a fondu les legs et les fidéicommis particuliers n'a pas fondu les institutions d'héritier et les fidéicommis d'hérédité. Les différences sont atténuées. Elles n'ont pas toutes disparu [2].

1. *Inst.*, *h. t.*, 7.

2. Ainsi, même sous Justinien, l'institution d'héritier ne peut être faite que dans un testament, le fidéicommis peut l'être dans des codicilles ; l'institution d'héritier ne peut être faite que sous certaines modalités, le fidéicommis peut l'être sous toutes celles que comportent les legs ; le droit de l'héritier n'est en règle transmissible qu'à partir de son acceptation, tandis que le fidéicommis universel a son *dies cedit* au jour de l'ouverture de la succession. Ainsi, à l'inverse, l'héritier institué n'est sujet à réduction que de la part des légitimaires et a droit à la quarte en face des gratifiés à titre particulier, tandis que le fidéicommissaire n'a pas droit à la quarte et est soumis à celle du fiduciaire.

VI. — DONATIONS ET DISPOSITIONS EN VUE DU MARIAGE

CHAPITRE I. — DONATIONS

La donation[1] est, au sens juridique[2], l'acte par lequel une personne s'appauvrit, dans une vue de libéralité, d'une fraction de son patrimoine au profit d'une autre qui s'en enrichit. Elle a pour éléments essentiels l'appauvrissement du donateur, l'enrichissement du donataire et l'intention de libéralité (*animus donandi*)[3], auxquels certains interprètes ajoutent même l'acceptation du donataire[4]. Mais, à ces conditions, elle constitue une donation, par quelque procédé qu'elle se réalise. Elle peut indifféremment être faite par une translation de propriété, par une constitution ou une extinction de servitude, par une formation d'obligation, par une cession de créance, par une extinction d'obligation (*dare*,

1. *Inst.*, 2, 7 ; *D.*, 39, 5 : *De donationibus*.

2. Dans un sens plus large, on qualifie du nom de donation tout avantage matériel fourni à autrui par pure libéralité. Cf. Papinien, *D.*, *h. t.*, 29, *pr.* C'est en ce sens qu'on voit une donation dans le legs, dans la réception d'un dépôt, dans la concession d'une chose en commodat ou en précaire.

3. *Animus donandi* : Julien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* Appauvrissement du donateur, enrichissement du donataire : Ulpien, *D.*, 24, 1, *De donat. int. vir. et ux.*, 5, 8. En conséquence, il n'y aura pas de donation, faute d'appauvrissement du donateur, non seulement aux cas de legs, de réception de dépôt, de concession à précaire ou à commodat, mais à celui où l'on refuse d'acquérir une hérédité pour la faire parvenir à autrui (Ulpien, *D.*, 24, 1, *De don. int. vir.*, 5, 13. 14), faute d'enrichissement du donataire, quand on donne à un créancier une caution ou une hypothèque (Ulpien, *D.*, 38, 5, *Si quid in fraud.*, 1, 19) ; faute d'*animus donandi*, quand une personne paie une dette naturelle (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 19, 4), fait dans une mesure raisonnable des présents exigés par les convenances (Pomponius, *D.*, 24, 1, *De don. in vir.*, 31, 8). C'est un point controversé de savoir si on doit aussi exclure, pour la même raison, soit les donations rémunératoires en général (Papinien, *D.*, *h. t.*, 27), soit au moins les donations faites par une personne à une autre qui lui a sauvé la vie (Paul, *D.*, *h. t.*, 34, 1). Cf. sur tous ces points, Baron, *Pand.*, § 68, et sur le dernier, Regelsberger, *Pand.*, 1, p. 620.

4. L'opinion la plus répandue (cf. Windscheid, 2, § 365, n. 5 et les renvois) ajoute cette quatrième condition en partant de textes assez nombreux qui paraissent exiger un concours de la volonté du donataire (Cicéron, *Top.*, 8, 37 ; Ulpien, *D.*, *h. t.*, 19, 2, et surtout *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 18). Mais on trouve d'autres textes traitant comme des donations des libéralités résultant d'actes unilatéraux, tels que le paiement de la dette d'autrui, l'extinction volontaire d'une servitude par le non-usage, etc., sans faire allusion à aucune adhésion du bénéficiaire (Ulpien, *D.*, 24, 1, *De don. int. vir.*, 5, 6. 7 ; 7, 7, par ex.). Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 1888, p. 217, n. 2. En tout cas, cette acceptation n'est à Rome qu'un concours de volonté quelconque et n'a pas le caractère de forme artificielle de l'acceptation expresse exigée par le C. civ., art. 932 et ss.

obligare, liberare)[1], et, dans tous les cas sauf dans celui de formation d'obligation, pour lequel la convention de donner a été érigée en pacte légitime par Justinien (p. 619), elle s'accomplira dans les formes de droit commun qui servent à réaliser les mêmes actes à titre onéreux. Sous ce rapport, les donations ne sont pas des actes juridiques distincts, ayant leurs modes propres d'accomplissement comme par exemple les legs. Leur originalité juridique tient uniquement aux règles de fond spéciales qui ont, au cours des temps, été portées pour les actes accomplis à titre de donation. Ces règles de fond diffèrent selon que la donation est une donation entre-vifs ou une donation à cause de mort, c'est-à-dire suivant qu'elle n'est pas ou qu'elle est subordonnée à la survie du donataire au donateur[2].

SECTION I. — Donations entre vifs.

Les règles propres des donations entre vifs tiennent principalement à la méfiance qu'inspiraient à l'esprit romain des actes ainsi dénués du caractère commutatif, dans lesquels une partie fait un pur profit et l'autre une perte sèche[3]. On a en conséquence porté contre elles des règles restrictives du droit commun : quant au montant, en les défendant ou en les soumettant à des règles spéciales au delà d'un certain taux ; quant aux personnes, en les prohibant entre certaines personnes ; quant aux effets, en particulier en les soumettant à des causes de révocation spéciales.

§ 1. — Taux des donations.

Le droit romain a eu successivement contre les donations excédant une certaine mesure, qui n'a d'ailleurs probablement pas toujours été déterminée par le même procédé, deux systèmes de garanties : le système de la loi Cincia et le système de l'insinuation.

I. Système de la loi Cincia. — La loi Cincia *de donis et muneribus*, plébiscite de l'an 550 de Rome[4], qui fut probablement le premier acte

1. Le cas qui a sans doute toujours été le plus fréquent, celui que visait directement la loi Cincia par les mots *donare, capere* (p. 952, n. 1) et en considération duquel Justinien a traité des donations, *Inst.*, 2. 7, dans la théorie de la propriété, est celui où la donation s'accomplit par une translation de propriété. Exemples concrets : *Textes*, pp. 825-829. Mais elle peut naturellement aussi être accomplie par voie de formation d'obligation (p. 954, n. 3), de cession de créance (*F. V.*, 263 ; cf. p. 955, n. 3), d'extinction d'obligation (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 17 ; cf. p. 954, n. 4 et p. 955, n. 2), de constitution ou d'extinction de droit réel (Papinien, *D.*, 8, 4, *Comm. praed.*, 17) et plus largement par toutes les opérations qui peuvent satisfaire aux conditions de fond indiquées p. 950, n. 3.
2. *Inst.*, *h. t.*, *pr.*
3. Cf. Cicéron, *De off.*, 2, 15, en particulier, 2, 15, 54, et Karlowa, 2, 2, p. 585.
4. La loi Cincia *de donis et muneribus* ainsi que l'appelle Cicéron, *De or.*, 2, 71,

législatif à séparer les donations (*dona*) des autres actes en posant pour elles des règles spéciales, défendait sauf entre certaines personnes de faire ou de recevoir (*donare*, *capere*)[1] des donations excédant un certain taux. Elle distinguait deux sortes de donations : les donations ne dépassant pas son taux, qui est d'ailleurs ignoré, dont on ne sait si c'était un chiffre fixe ou une fraction proportionnelle de la fortune, et celles excédant le taux (*ultra modum*). Elle distinguait deux sortes de personnes : celles pour qui seules elle était faite (*personae non exceptae*) et celles que, par une faveur motivée par exemple par la parenté ou l'alliance, elle soustrayait à ses dispositions (*personae exceptae*)[2]. Et elle défendait seulement les donations *ultra modum* faites aux *personae non exceptae*[3].

Mais le point singulier est la sanction de la loi. La loi Cincia n'est, quant à notre chef, ni une *lex perfecta*, défendant un acte et, s'il a lieu, le déclarant non avenu, ni même une *lex minus quam perfecta*, défendant un acte et, s'il a lieu, se contentant sans l'anéantir de porter une peine contre celui qui s'en prévaudra ; c'est une *lex imperfecta*, défendant l'acte et ne faisant rien de plus[4]. La disposition n'avait pas de sanction, ou plutôt la sanction en était laissée à l'autorité judiciaire et à l'interprétation doctrinale.

286. *De senect.*, 4, 10, a été proposée par le tribun M. Cincius Alimentus, d'après le premier texte, et sous le consulat de Tuditanus et de Cethegus, d'après le second. Le système qui en résultait est surtout connu depuis la découverte des *F. V.*, qui ont ajouté toute une série de renseignements précis et circonstanciés aux quelques informations fournies par d'autres sources et par les textes interpolés du Digeste.

1. V. la citation de la loi faite par Paul, *F. V.*, 298.

3. Une liste peut-être incomplète (cf. Paul, *Sent.*, 5, 11, 6) est donnée *F. V.*, 298-309. Elle comprend notamment : les cognats jusqu'au 5e degré et au 6e le *sobrinus* et la *sobrina* ; ceux qui les ont en puissance ou sont sous leur puissance ; les fiancés ; les époux ; les pupilles ; le patron ; les cognates à un degré quelconque à qui on fait une donation à titre de constitution de dot, etc.

3. La loi est étrangère aux donations qui n'excèdent pas son taux, d'après Ulpien, *Reg.*, 1, qui indique son application comme ayant lieu *si plus donatum est* et d'après les textes sur les *personae exceptae* qui disent non pas qu'il est permis de leur donner, mais qu'il est permis de leur donner *in infinitum* (Paul, *Sent.*, 5, 11, 6. *F. V.*, 304). Les derniers textes prouvent en même temps que la loi est étrangère aux donations faites aux *personae exceptae*.

4. Ulpien, *Reg.*, 1, où le texte est mutilé, mais se rapporte nécessairement à la loi Cincia, d'après les mots conservés. Le même auteur, *Reg.*, 2, cite comme exemple de *lex minus quam perfecta* la loi Furia *testamentaria* (p. 934, n. 2). Il faut ajouter, à notre avis, la loi Marcia *de foeneratoribus* (p. 526, n. 6) et la loi Furia *de sponsu* pour le chef relatif à la division (p. 771, n. 1), tandis que la loi Plaetoria (p. 234, n. 1) nous paraît une *lex imperfecta*. Comme *leges perfectae*, on peut citer par exemple la loi Aelia Sentia de 757 (p. 124), la loi Fufia Caninia de 752 (p. 123), la loi Falcidia de 714 (p. 934, n. 3) et peut-être auparavant la loi Voconia de 585 (p. 833, n. 7 ; p. 934, n. 2), la loi Cornelia *de adpromissoribus* (p. 766, n. 9), et la loi Furia *de sponsu* pour le chef relatif à la libération des cautions par deux ans (p. 777, n. 4). Cf. F. Senn, *Leges perfectae, imperfectae, minus quam perfectae*. Thèse Paris, 1902. Mitteis, *Privatrecht*, 1, pp. 246-249.

Quant au procédé par lequel cette sanction lui a été assurée, sa détermination présente de sérieuses difficultés pour le temps qui suivit immédiatement la promulgation de la loi et où, la seule procédure en vigueur étant celle des Actions de la loi, le magistrat ne pouvait assurer le respect de la loi nouvelle ni par délivrance d'action, ni par refus d'action. Il fut, croyons-nous, trouvé par la doctrine qui, sans annuler un acte que la loi n'annulait pas, ni créer une peine qui n'était pas portée par la loi, donna à l'auteur de la donation exagérée contre le donataire une action en répétition, une *condictio* fondée sur l'enrichissement illégal tiré par le donataire de l'exécution de la donation défendue [1].

Sous le système formulaire, le préteur, désormais investi de nouveaux pouvoirs sur les instances, partit de la même idée pour donner au donateur une exception, l'exception de la loi Cincia [2], par le jeu de laquelle

1. La loi ne peut, à l'époque de sa promulgation, avoir été sanctionnée par le mécanisme du temps de la procédure formulaire ; en effet, elle est certainement antérieure à la loi Aebutia et, avant la loi Aebutia, le magistrat ne peut arrêter l'action du donataire ni par des exceptions qui n'existent pas encore (Gaius, 4, 108), ni par aucun autre procédé équivalent ; car cela supposerait chez lui un pouvoir de refuser les actions qu'il n'a pas alors. Le système selon lequel le tribun Cincius aurait donné pour sanction à la loi ce mécanisme au lieu d'une nullité de plein droit afin d'assurer au donateur la possibilité de réfléchir (cf. Accarias, 2, p. 794, n. 1) commet donc, à notre sens, un anachronisme. D'autre part, c'est, nous semble-t-il, tourner la difficulté et non la résoudre que de supposer qu'avant l'introduction de l'exception, le respect de la loi aurait été assuré par l'intercession des tribuns (Cuq, *Institutions*, 1, 1re éd., p. 560, n. 3 ; cf. 2e éd., p. 193, n. 2) ; car les tribuns avaient le droit d'intercéder contre les actions nées de donations qui leur paraissaient critiquables, avant la loi comme après, et ils n'étaient pas plus obligés de le faire après qu'avant. La sanction de la loi n'a pu, croyons-nous, être assurée, ici comme en bien d'autres cas où l'on rencontre plus tard des exceptions, que par une action. Et cette action est ici, pensons-nous, l'action en répétition qu'on voit dès une époque ancienne être donnée sans distinction pour réclamer la restitution de tous les enrichissements injustes (p. 625 et ss.), qui est par ex. un demi-siècle après concédée aux administrés par la loi Calpurnia *repetundarum* pour réclamer ce qu'ils ont illégalement donné aux administrateurs publics et qui s'intente depuis les lois Silia et Calpurnia par *condictio*. V. en ce sens, Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 587, et surtout *Legisaktionen*, pp. 347-352. Ajouter pour les *repetundae*, la p. 957, n. 4. Suivant la juste observation de M. Karlowa, cette action n'empêche pas la loi d'être une *lex imperfecta*, qui n'entraîne ni la nullité de l'acte, comme la *lex perfecta*, ni une peine pour le contrevenant, comme la *lex minus quam perfecta*. Elle apparaît comme une manifestation si naturelle des principes de la *condictio* qu'on en rencontre encore, sous la procédure formulaire, après l'introduction du nouveau système, quelques applications dans lesquelles il paraît beaucoup plus naturel de voir des survivances d'un régime disparu ailleurs que des pièces disparates ajoutées après coup au système différent du droit classique. Tout ce qui peut étonner, c'est que, comme il ne nous paraît pas douteux, la *condictio* ait été écartée dans les autres cas. Mais cette singularité même n'est pas inexplicable (p. 956, n. 1).

2. Cette exception a tout naturellement été admise ici, comme en matière de loi Plaetoria par exemple (p. 234, n. 1), au profit de la personne qui avait une action, en vertu de l'idée moderne selon laquelle le droit de répéter entraîne celui de ne pas payer. Paul, *F. V.*, 310, nous apprend qu'elle pouvait être remplacée par une exception *in factum* qui a été rattachée par Rudorff, *De jurisdictione ed.*, § 290, n. 1, à la distinction indiquée par Paul sous notre loi, *D.*, 1, 3, *De*

le donateur pouvait, tant qu'il avait gardé un rapport quelconque avec l'objet de la donation, tant qu'elle n'était pas pleinement réalisée (*perfecta*), refuser d'aller plus loin dans la voie de l'acte prohibé, repousser le donataire toutes les fois que celui-ci avait besoin d'intenter une action ou même d'invoquer une exception, en somme d'ester en justice pour se prévaloir de la donation.

L'exception de la loi Cincia ne pouvait être invoquée après la mort du donateur, par ses héritiers (*morte Cincia removetur*)[1] ; mais jusque-là elle pouvait être opposée au donataire par le donateur et même, a-t-on admis, par les tiers intéressés, ainsi par les cautions, peut-être par les tiers acquéreurs (*exceptio quasi popularis*) [2], tant sous forme d'exception que, le cas échéant, sous forme de réplique ou de duplique. — Ainsi elle fonctionnait sous forme d'exception, quand, la donation ayant été faite par contrat verbal ou littéral, le donataire agissait en paiement par l'action personnelle ; quand, la donation ayant été faite par voie de translation de propriété, il agissait en revendication contre le donateur resté possesseur, comme cela se pouvait par exemple au cas de mancipation sans tradition, ou contre le donateur redevenu possesseur, comme c'était possible au cas de tradition d'un meuble que le donateur pouvait reprendre pendant un certain délai par l'interdit *utrubi*[3]. Elle fonctionnait sous forme de réplique quand, la donation ayant consisté dans une remise de dette réalisée par un pacte *de non petendo*, le donateur, agissant en paiement, répondait à l'exception *pacti* du donataire par une *replicatio legis Cinciae* ; quand, au cas de donation par transfert de propriété, le donateur, ayant fait seulement tradition d'une chose *mancipi*, la revendiquait et paralysait l'exception *rei donatae et traditae* du donataire par la réplique de la loi Cincia[4]. — Enfin elle fonc-

leg., 29, entre l'acte fait à l'encontre d'une loi et celui fait en fraude de cette loi, par une conjecture plus simple de Huschke suivie par Lenel, *Edictum*, p. 493, n. 6 (cf. *Edit*, 2, p. 262, n. 10), par l'extension aux pérégrins et aux Latins de cette loi faite pour les citoyens.

1. Papinien, *F. V.*, 259. M. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 587, considère cette règle comme remontant à la loi elle-même. Cependant la façon dont elle est invoquée par une réplique de dol opposée à l'exception de l'héritier, quand le donateur n'a pas changé de sentiment, *F. V.*, 259 (Papinien). 266 (Ulpien). 312 (Dioclétien) porte plutôt à y voir une atténuation admise après coup.

2. Ulpien, *F. V.*, 266, nous apprend que cette solution soutenue par les Proculiens avait été combattue par les Sabiniens ; mais elle est déjà adoptée par le Sabinien Javolenus, *D.*, *h. t.*, 24.

3. Paul, *F. V.*, 311. rapproché de 310 et, pour l'obligation, Javolenus, *D.*, *h. t.*, 24. Le donateur de meubles peut les reprendre pendant six mois par l'interdit *utrubi* où triomphe celui qui a possédé le plus longtemps dans l'année. Ce moyen peut aussi appartenir à celui qui a exécuté par le paiement d'objets mobiliers une donation faite par formation d'obligation.

4. V. pour l'*exceptio pacti* et la réplique de la loi Cincia, Papinien, *D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 1, 1 (Lenel, 657), où le jurisconsulte devait indiquer à l'origine une raison pour laquelle la réplique de la loi Cincia invoquée par l'héritier du donateur n'était pas là paralysée par la duplique de dol tirée de la mort. Pour le cas

tionnait sous forme de duplique, au cas de dation, si, la chose *mancipi* dont il avait été fait simple tradition étant revenue par une raison quelconque, par exemple pour un meuble par le jeu de l'interdit *utrubi*, entre les mains du donateur, le donataire intentait la Publicienne et opposait à l'exception *justi dominii* du donateur resté propriétaire civil une *replicatio rei donatae et traditae* qui était neutralisée par la *duplicatio legis Cinciae* [1].

Seulement l'exception de la loi Cincia ne protégeait plus le donateur quand il n'y avait pas possibilité d'un procès sur lequel elle pût se greffer dans une forme ou une autre, ainsi, au cas de translation de propriété, quand le donataire avait obtenu sur la chose à la fois une propriété civile et une possession qu'on n'avait plus aucune voie de droit commun pour lui reprendre ; ainsi quand la donation par remise de dette avait été réalisée par voie d'acceptilation [2]. Il faudrait alors au donateur une action fondée, comme la *condictio* du temps des Actions de la loi, sur l'illégalité même de la donation. Cette action lui est, sauf dans deux ou trois cas [3], refusée à l'époque de la procédure formulaire, à notre avis par suite de la conformation doctrinale prise alors par la théorie

de tradition de *res mancipi*, le jeu d'exception et de réplique résulte des principes.

1. Ici encore le jeu d'exception, de réplique et de duplique résulte des principes ; au cas de décès du donateur, la duplique de la loi Cincia pourrait même être neutralisée par une triplique de dol.

2. Dioclétien, *C.*, 8, 43 (44), *De acceptil.*, 2. L'exception ne peut non plus jamais servir à celui qui a fait une donation en payant la dette d'autrui, ou en se portant débiteur à sa place, ou en lui cédant sa créance par voie de novation ou de *litis contestatio*.

3. Ulpien, *F. V.*, 266, donne une *condictio* à celui qui a exécuté une donation *ultra modum* faite par voie de promesse, mais, semble-t-il, en qualité de *condictio indebiti* et par conséquent en supposant un paiement par erreur. En revanche deux autres textes, sur l'interprétation desquels il existe à la vérité beaucoup de discussions (v. en dernier lieu Duquesne, *Mélanges Girard*, 1, pp. 389-417, et Ad. Berger, *K. V. J.*, 16, 1914, pp. 96-98), donnent positivement, sans rien supposer de pareil, une *condictio* au donateur qui ne peut avoir d'exception. Au cas où le donateur s'est porté, par une novation, débiteur à la place du donataire, un texte de Paul, *D.*, 44, 4, *De exc. doli*, 5, 5, donne au donateur contre le donataire une *condictio* pour se faire libérer ou rembourser. Au cas où le donateur a, par voie de novation, cédé sa créance contre un tiers au donataire, un texte de Celse, *D.*, 39, 5, *De don.*, 21, 1 (Lenel, 237), donne également au donateur contre le donataire une *condictio* que, pour mettre le texte d'accord avec le système de l'insinuation, les compilateurs ont simplement compliquée d'une action en paiement de l'excédent contre le débiteur qui n'a pas encore payé. On pourrait encore admettre l'existence d'une pareille *condictio*, par ex. au cas de paiement pour autrui, où la situation est identique et où l'absence de textes pourrait s'expliquer par la rareté des témoignages, peut-être à l'extrême rigueur, au cas d'acceptilation où la const. de Dioclétien, n. 2, pourrait avoir été remaniée. Mais il nous paraît impossible que la *condictio* ait existé, à l'époque formulaire, une fois l'exception hors de cause, au profit de tous ceux qui étaient auparavant protégés par l'exception ; car alors la donation ne deviendrait jamais parfaite que par la mort du donateur.

des *condictiones* qui aboutit à laisser, sauf dans ces cas, les donations contraires à la loi Cincia hors de leur domaine[1] et par conséquent, au fond, à changer la portée de cette loi, à la transformer pratiquement de loi prohibant les donations supérieures à un certain taux en loi les soumettant à des formes spéciales.

II. Système de l'insinuation. — L'insinuation[2], la transcription de la donation sur des registres publics[3] est aussi devenue une garantie de forme requise pour les donations d'une certaine importance ; mais elle n'a pas non plus eu ce caractère dès le principe. Cette formalité, déjà entrée auparavant dans la pratique pour les donations[4] comme pour d'autres actes, a été rendue obligatoire pour les donations sans condition de taux par Constance Chlore, puis par Constantin qui y joignit une série d'autres formalités accessoires[5]. Mais elle avait alors sans doute exclusivement un but probatoire et de publicité[6]. Au contraire, sous Justinien où elle n'est plus exigée que pour les donations excédant un

1. Ce développement doctrinal, en distinguant progressivement des catégories de *condictiones* subordonnées à des conditions spéciales au lieu d'une *condictio* unique s'appliquant partout, est arrivé à remplacer le domaine ancien de la *condictio* par de multiples petits domaines dont les frontières n'étaient pas parfaitement arrêtées, mais entre lesquels il restait des places vides et par conséquent à rétrécir le champ total de la *condictio*, à supprimer les applications qui ne rentraient dans aucun des cercles nouveaux (p. 628, n. 1).

2. Cf. Herbert Pernice, *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen*, 1882 ; G. Cornil, *Etude sur la publicité de la propriété en droit romain*, 1890, pp. 72-91.

3. L'insinuation, qui n'est que l'application à la donation d'une formalité employée pour beaucoup d'autres actes, consiste à faire constater l'existence de l'acte par une autorité dont les constatations ont force probante officielle (*fides publica*), par une autorité ayant le *jus acta conficiendi* qui appartient à toutes les autorités judiciaires et en particulier aux magistrats municipaux. Elle s'opérait au greffe par la lecture de l'acte (*recitatio*, *professio*) et par sa copie intégrale sur les registres (*insinuatio*). Cf. Karlowa, *R. R. G.*, 1, p. 1002 ; Stouff, *N. R. H.*, 1887, p. 254.

4. V. par ex. la constitution de 229 d'Alexandre Sévère, *F. V.*, 266 *a*.

5. Constantin, *C. Th.*, 3, 5, *De spons.*, 1 : *Pater noster nullam voluit liberalitatem valere si actis inserta non esset.* On discute si la décision de Constance Chlore s'appliquait seulement aux donations entre *personae non exceptae* ou à toutes. En tout cas, l'insinuation fut exigée pour toutes par son fils Constantin qui prescrivit en outre d'autres formalités qui ont été supprimées ensuite plus ou moins vite : la rédaction d'un écrit circonstancié, la tradition de la chose donnée en présence de témoins pris dans le voisinage (*traditio advocata vicinitate*), etc. : *C. Th.*, 8, 12, *De don.*, 1 ; 3 ; *F. V.*, 249. Cf. sur les variations postérieures, H. Pernice, pp. 9-10. V. aussi sur l'absence d'insinuation dans l'inscription de Préneste du IVe siècle, *N. R. H.*, 1904, pp. 265-266, les interprétations différentes de MM. Cuq, *N. R. H.*, pp. 267-268 et Mitteis, *Z. S. St.*, 25, 1904, p. 377.

6. Le but d'assurer la preuve était déjà celui pour lequel la pratique recourait à l'insinuation avant qu'elle fût obligatoire ; l'idée d'une publicité requise dans l'intérêt des tiers résulte nettement d'une prescription de Constantin, *C. Th.*, 8, 12, *De don.*, 3, selon laquelle l'insinuation doit avoir lieu non pas devant une autorité quelconque, mais devant celle du lieu de la chose. Quant à la protection du donateur contre ses entraînements irréfléchis, l'insinuation aurait fait double emploi, pour les donations soumises à la loi Cincia, avec cette loi encore en vigueur (v. par ex. Constantin, *C. Th.*, 8, 12, *De don.*, 4) et pour les autres avec les formalités prescrites par Constantin.

certain chiffre, fixé finalement à 500 sous d'or [1], elle a, peut-on dire, remplacé pour elles le système de loi Cincia tombé en désuétude [2], tout en en demeurant séparée par certaines différences, d'abord vraisemblablement par le taux, ensuite et surtout par la sanction qui est à la fois plus énergique et mieux pondérée, qui est la nullité de l'acte, mais seulement pour la portion excédant le taux légal [3].

§ 2. — Personnes à qui on peut donner.

Les deux principales restrictions relatives aux personnes [4] sont la prohibition des libéralités faites par les plaideurs à leurs avocats portée par la loi Cincia et celle des donations entre époux introduite un peu après par la coutume.

1. Une disposition de la loi Cincia, rendue dans le but chimérique de lutter contre des pratiques nouvelles introduites par le changement des conditions sociales, défendit à ceux qui plaidaient pour autrui de recevoir des présents en rémunération de leurs plaidoiries (*ad causam orandam*) [5].

1. La dispense de l'insinuation avait été portée pour les donations *ante nuptias* n'excédant pas 200 sous d'or, par Théodose II et Valentinien III, *C. Th.*, 3, 5, *De spons.*, 13 ; Justinien l'étendit à toutes les donations en élevant le taux de la dispense d'abord à 300 sous d'or : *C.*, 8, 53 (54), *De don.*, 34, *pr.*, puis à 500 : *C.*, *h. t.*, 36, 3 ; il dispensa en outre de l'insinuation certaines donations, quel qu'en fût le taux (donations en vue du mariage ou de constitution de dot, pour le rachat des captifs, pour la reconstruction d'une maison détruite, etc.).

2. Nov. 162, c. 1.

3. *C.*, *h. t.*, 34, 1. 2. Au cas de translation de propriété, il y a indivision.

4. Il ne serait pas impossible d'en trouver d'autres, par ex. une loi Publicia citée par Macrobe, *Sat.*, 1, 7, 33, défendant aux affranchis de donner à leurs patrons autre chose que des flambeaux de cire (*cerei*), par ex., surtout la loi Calpurnia *de repetundis* de l'an 605, suivie par tant d'autres lois sur les *repetundae*, qui défendit aux magistrats de recevoir des libéralités de leurs administrés (*pecunias capere* : Marcien, *D.*, 48, 11, *Ad leg. Jul. de repet.*, 1, *pr.* Cicéron, *De leg.*, 3, 20, 46. *In Verr.*, 2, 3, 30, 71. c. 40, 91. c. 94, 218 et les autres textes cités par Mommsen, *Droit pénal*, 3, p. 11, n. 4) et permit en conséquence aux donateurs d'en demander la restitution (*pecunias repetere* : *Auct. ad Her.*, 1, 11, 20. Cicéron, *Div. in Caec.*, 5, 18, et les renvois de Mommsen, *Droit pénal*, p. 12, n. 1). Mais la loi Publicia n'aurait une importance que si elle était antérieure à la loi Cincia (en ce sens, Cuq, *Inst.*, 1, p. 191, n. 4) : or, le contraire nous paraît résulter de ce que les patrons sont encore des *personae exceptae* (p. 952, n. 3). La loi Calpurnia est au contraire dans un lien très étroit qui a été justement relevé par Mommsen avec la loi Cincia dont elle étend les principes et dont elle applique la sanction première et nous ne croyons même pas que les poursuites organisées par elle aient été, comme le veut l'opinion dominante encore suivie par Mommsen, déjà déférées au grand jury criminel qui statue postérieurement sur les *repetundae*. Cf. sur ce dernier point, Girard, *Mélanges*, 1, p. 104, n. 3 et surtout H. F. Hitzig, *Die Herkunft d. Schwurgerichtes im römischen Strafprozess*, 1909. A partir de la loi Acilia de 631-632, l'histoire du *crimen pecuniarum repetundarum* est étrangère au droit privé.

5. Tacite, *Ann.*, 11, 5. 13, 42. 15, 20. Tite-Live, 34, 4. Cf. Mommsen, *Droit pénal*, 3, pp. 2-3. On pourrait conclure avec Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 586, de Tacite, *Ann.*, 13, 42 : *Poenaque Cinciae legis adversum eos qui pretio causas oravissent*, que la loi était pour ce chef une *lex minus quam perfecta*, portant une peine contre celui qui aurait reçu la rémunération. Mais Tacite peut parler simplement

Mais cette disposition, plusieurs fois remise en vigueur [1] et toujours mal observée, a été finalement écartée dans le droit du temps de l'Empire où les honoraires peuvent être réclamés *extra ordinem* (p. 595) tout en ne devant pas dépasser un certain taux [2].

2. Une règle d'origine coutumière a interdit peu après les donations entre époux en partant de l'idée qu'elles pouvaient être le produit d un entraînement ou d'une pression [3]. Et, sans doute en conduisant cette idée à sa conséquence extrême, en considérant la volonté comme absente, on a donné à lá prohibition la sanction la plus énergique : on a considéré l'acte par lequel la donation était faite comme inexistant, la propriété comme n'ayant pas été transférée au cas de donation par dation, l'obligation comme n'ayant pas été formée au cas de donation par contrat, la dette comme n'ayant pas été éteinte au cas de donation par acceptilation [4].

Seulement cette règle sévère est appliquée uniquement aux cas où il y a véritablement donation entre époux. On ne l'applique pas, quand il n'y a pas mariage, à la donation entre concubins ; quand il n'y a pas encore mariage, à la donation entre fiancés. Enfin on ne l'applique même pas lorsque la donation ne doit produire effet que quand il n'y aura plus mariage : donation à cause de mort, donation *divortii causa*, *exilii causa*. De plus, c'est ici surtout qu'on a strictement analysé les éléments de la donation pour soustraire à la prohibition les dispositions qui n'impliquent pas enrichissement du donataire, appauvrissement du donateur ou une pure vue de libéralité (présents d'usage, libéralités faites au mari *honoris causa*) [5].

de l'innovation d'Auguste, p. 958, n. 1, et la sanction primitive avoir été, comme pour l'autre chef de la loi, une action en répétition au simple. Cela fournit même une ressemblance de plus avec la matière des *repetundae* où le montant de la restitution fut élevé au double par la loi Acilia de 631-632, ligne 59 (*Textes*, p. 41).

1. Notamment par Auguste qui, d'après Dion Cassius, 54, 18, fit voter en 737 une disposition législative (sénatus-consulte ? disposition de la loi Julia *de judiciis* ? v. *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 308, n. 2. 309, n. 1) établissant contre l'avocat contrevenant une action en répétition au quadruple.

2. V. sur ce taux fixé sous Claude (Tacite, *Ann.*, 11, 7) à 10.000 sesterces (2.700 fr.) et sur d'autres détails, De Ruggiero, *Dizionario epigrafico*, 1, 1894, pp. 120-121.

3. *D.*, 24, 1, *De donationibus inter virum et uxorem*. Cf. Gradenwitz, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, 1887, pp. 191-256. La prohibition postérieure à la loi Cincia, qui fait encore figurer les époux parmi les *personae exceptae*, a été introduite par la coutume, *moribus*, d'après Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, à cause des entraînements qui résultent d'une affection réciproque, dit Ulpien, et aussi afin d'empêcher un époux menaçant d'un divorce de se faire acheter la paix du ménage à prix d'argent, ajoute Africain chez Paul, *D.*, *h. t.*, 2.

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, 10. Au cas de translation de propriété, par ex., le donateur a la revendication, tant que la chose existe encore et, après sa disparition une *condictio* : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, 18.

5. Concubins : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, 1 ; fiancés : Modestin, *D.*, *h. t.*, 27. Dona-

Enfin le conjoint qui était resté dans les mêmes sentiments pouvait valider la libéralité prohibée en en léguant l'objet à son conjoint[1]. C'est même en partant de là[2] qu'un sénatus-consulte rendu en l'an 206 sur la proposition de Caracalla (*oratio Antonini*) a, non pas, à la vérité, supprimé la nullité des donations entre époux, mais décidé qu'elles deviendraient valables (*convalescentia*) si le conjoint donateur mourait dans le mariage sans avoir changé de volonté[3].

§ 3. — **Effets des donations. Causes de révocation.**

L'acte translatif de propriété ou d'autre droit, générateur de créance, extinctif de droit réel ou personnel, fait à titre de donation par une personne capable pour un taux licite, produit en principe les mêmes conséquences que s'il avait été fait à titre onéreux[4].

Cependant on doit noter que lorsque l'acte a été fait par voie de formation d'obligation, le donateur actionné en paiement par le donataire a, pour payer seulement dans la limite de ses ressources, le bénéfice de compétence[5] et surtout qu'on a progressivement admis en

tion à cause de mort : Gaius, *D.*, *h. t.*, 10 ; *divortii causa* : Ulpien *D.*, *h. t.*, 11, 11 ; *exilii causa* : Paul, *D.*, *h. t.*, 43 ; *honoris causa* : Gaius, *D.*, *h. t.*, 42. Présents d'usage : Pomponius, *D.*, *h.*, *t.*, 31, 8. — En revanche le champ d'application de la règle est fort élargi par la *praesumptio Muciana* due à Q. Mucius Scaevola, en vertu de laquelle toutes les acquisitions faites par la femme sont réputées sauf preuve contraire lui venir du mari (*D.*, *h. t.*, 51).

1. Cf. *D.*, 32, *De leg.*, *III*, 33, 1 ; *D.*, 34, 2, *De aur. argent.*, 13, et Esmein, *Mélanges*, pp. 49-54.

2. Cf. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 32, 1 : *Quasi testamento sit confirmatum quod donatum est.*

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 32, *pr.* 1. 2. La donation restera nulle s'il y a prédécès du donataire, repentir du donateur ou divorce ; mais elle deviendra valable si aucun de ces événements ne se produit. C'est l'inverse du système du C. civ., art. 1096, où la donation entre époux est valable, mais révocable.

4. C'est ainsi qu'on ne fait, croyons-nous, qu'appliquer le droit commun en matière de garantie d'éviction et de donation sous un terme résolutoire. 1. Au cas d'éviction, le donateur qui a fait une donation par voie de tradition, d'*in jure cessio* ou de mancipation *nummo uno* n'est pas tenu à garantie parce que ces actes n'obligent pas à garantie (*D.*, 39, 5, *De don.*, 18, 3), celui qui s'est engagé à garantie par contrat verbal y est tenu en vertu de son contrat (*C.*, 8, 44 (45), *De ev.*, 2 ; sur Paul, *Sent.*, 5, 11, 5, cf. Karlowa, *R. R. G.*, 2, p. 590), celui qui a donné la chose d'autrui en paiement d'une donation de genre faite par contrat verbal est tenu de l'action de son contrat comme n'ayant pas payé (*D.*, 30, *De leg.*, *I*, 45, 1 ; 46) et celui qui a commis un dol est tenu de l'action de dol (*D.*, *h. t.*, 18, 3). — 2. Au cas de donation sous un terme extinctif, la propriété revient sous Justinien de plein droit à l'aliénateur à l'arrivée du terme, comme elle fait au cas de vente sous condition résolutoire (p. 737, n. 2) et de legs sous terme résolutoire (p. 929, n. 4), d'après le témoignage de Justinien, *C.*, 6, 37, *De leg.*, 26, et d'après la version donnée *C.*, 8, 54 (55), *De don. quae sub mod.*, 2, de la const. de Dioclétien qui, dans sa forme première rapportée aux *F. V.*, 283, déclarait en pareil cas l'aliénation nulle : l'identité des deux constitutions nous paraît, avons-nous dit, p. 341, n. 2, mise hors de doute par l'identité de leur date, de leur destinataire et de leur première phrase.

5. Ce bénéfice, qui lui est concédé avec une largeur spéciale, lui permet de ne

matière de donations des causes de révocation qui ne pourraient pas en général intervenir pour les même actes faits à titre onéreux.

Les donations sont révocables en vertu du droit commun et non de règles spéciales pour cause d'inexécution des charges. Si la donation est une donation avec charges (*donatio sub modo*), on a admis, non sans quelque hésitation [1], qu'en dehors de l'action directe en exécution de la charge accordée au donateur ou même au tiers bénéficiaire [2], le donateur aurait, faute d'exécution, comme un aliénateur à titre onéreux, le droit de réclamer ce qu'il avait fourni sans cause, par une *condictio* [3], à laquelle le droit récent a même juxtaposé, tout au moins pour le cas de donation avec charge d'aliments, une action réelle utile [4]. Mais, de plus, les donations faites par les patrons à leurs affranchis sont, en droit classique, révocables au gré du donateur [5]. Et ce cas de révocation n'a disparu par la suite qu'en donnant naissance à deux causes de révocation nouvelles également propres aux donations; car le droit postclassique, en abolissant le droit de révocation général des patrons, l'a maintenu, comme droit d'ailleurs intransmissible activement et passivement (*inter primas personas* [6]), d'un côté pour le cas de survenance d'enfant au donateur, où il reste restreint aux donations faites par le patron à l'affranchi [7], d'autre part pour celui d'ingratitude du donataire, où il est étendu à toutes les donations [8].

payer la somme promise que sur son actif net et en retenant ce qui est nécessaire à sa subsistance (Paul, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 19, 1).

1. Cf. sur ces hésitations tirées de la conception de la donation comme un acte indivisible, A. Pernice, *Labeo*, 3, p. 196 et ss.

2. L'action en exécution ne pouvait d'abord exister qu'en vertu d'une stipulation expresse du bénéficiaire. Plus tard on admit en dehors de là une action *praescriptis verbis* pour la charge convenue au profit du donateur (p. 607, n. 4) et même, pour la charge convenue au profit du tiers, une action *ex stipulatu* utile au profit de ce dernier (p. 459, n. 5).

3. *C.*, 4, 6, *De cond. ob caus.*, 3 (Valérien); 8 (Dioclétien).

4. Valérien. *C.*, 8, 54 (55), *De don. quae sub mod.*, 1. Cette constitution, permettant d'*impetrare* une *vindicationem utilem*, *qua dominium pristinum restituatur* qui est un des exemples les plus nets des *vindicationes utiles* signalées p. 354, n. 3, est entendue par la plupart des romanistes étrangers seulement du cas de charge d'aliments qu'elle vise. On en généralise ordinairement la solution chez nous en y voyant une application du retour de la propriété par l'événement de la condition résolutoire, auquel elle peut être rapportée sous Justinien, mais non pas certainement dans sa forme première.

5. Philippe, *F. V.*, 272 (cf. Dioclétien, *F. V.*, 313). On peut conjecturer avec assez de vraisemblance qu'il en était de même anciennement des donations faites aux émancipés par le *parens manumissor*.

6. C'est dit pour l'ingratitude, *C.*, 8, 55 (56), *De rev. don.*, 10, 2, et c'est sans doute également vrai de la survenance d'enfant.

7. Constance et Constant, *C.*, *h. t.*, 8 = *C. Th.*, 8, 13, *De rev. don.*, 3.

8. La révocation ne peut avoir lieu pour l'affranchi lui-même que *si ingratus sit*, dit la version dernière de la constitution de Philippe, n. 5, donnée *C.*, *h. t.*, 1, et il y eut peut-être dès auparavant une disposition du même genre pour les donations de l'émancipateur à l'émancipé (*C. Th.*, 8, 13, *De rev. don.*, 2). Mais

SECTION II. — **Donations à cause de mort.**

Les donations à cause de mort[1] (*mortis causa donationes, capiones*[2]) sont des donations faites en vue de la mort du donateur avant le donataire. Elles ont pour caractère de tomber nécessairement par le prédécès du donataire et d'être, soit naturellement, soit peut-être plutôt nécessairement, révocables au gré du donateur[3]. Elles se trouvent par là assez profondément séparées, quant aux effets, des donations entre vifs ordinaires et en conséquence on ne les a pas soumises aux mêmes restrictions ni quant au montant ni quant aux personnes : elles sont permises entre époux (p. 958, n. 5), et leur caractère même devait normalement les soustraire à la loi Cincia. Mais, d'autre part, elles se rapprochent par là des dispositions testamentaires à titre particulier, des legs, dont on a de bonne heure songé à leur appliquer les règles : c'est ainsi qu'elles ont été soumises aux dispositions restrictives de la loi Furia et de la loi Voconia et même en droit classique de la loi Falcidia ; qu'on leur a appliqué les lois caducaires quant à la capacité de recevoir[4]. Justinien les en a encore rapprochées à d'autres points

en dépit d'un texte de Papinien, *D.*, *h. t.*, 31, 1, dont l'interpolation est prouvée par *F. V.*, 254, cette cause de révocation ne fut étendue à toutes les donations que par Justinien qui en détermine les motifs, *C.*, *h. t.*, 10 (où il indique à tort l'inexécution des charges, invocable même par l'héritier, p. 960, n. 3).

1. *D.*, 39, 6, *De mortis causa donationibus*. *Inst.*, 2, 7, *De donat.*, 1. Cf. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, 1870 ; Cugia, *Indagini, l'espressione mortis causa*, Naples, 1910 ; F. Senn, *Etudes sur le droit des obligations*, 1, 1, *La donation à cause de mort*, 1914, et *N. R. H.*, 1913, pp. 169-201.

2. Elles sont appelées du premier nom, en les considérant du côté du donateur, et du second, en les considérant de celui du donataire, conformément à la terminologie déjà employée par la loi Cincia, p. 952, n. 1. Mais elles forment aussi, en un autre sens, un groupe à part au milieu des *mortis causa capiones*, qui sont, dans la langue des jurisconsultes, toutes les acquisitions qui sont faites par suite de la mort d'une personne, soit des biens du défunt, soit de ceux d'un tiers et qui ne rentrent ni dans les hérédités, ni dans les fidéicommis. Cf. Gaius, *D.*, *h. t.*, 31, sur la définition générale et Marcellus, *D.*, *h. t.*, 38, sur l'opposition des donations à cause de mort et des autres *mortis causa capiones*.

3. On dit en conséquence que le donateur se préfère au donataire et préfère le donataire à son héritier : *Inst.*, *h. t.*, 1 ; Paul, *D.*, *h. t.*, 35, 2. Prédécès (et non pas simple absence de survie) du donataire : *D.*, *h. t.*, 32 ; 26. Révocabilité : *D.*, *h. t.*, 16 ; 30. On dit souvent aujourd'hui que le donateur peut renoncer au droit de révocation sans faire de la donation une donation entre vifs (*D.*, *h. t.*, 13, 1 ; 35, 4) ; mais pourtant la doctrine traditionnelle contraire invoque aussi des textes (*D.*, *h. t.*, 42. 1 ; 16 ; 30) et surtout les règles mêmes de la libéralité (autorisation entre époux : p. 958, n. 5 ; soustraction à l'insinuation : p. 962, n. 1 ; subordination à la solvabilité de la succession : n. 4). Cf. Labbé sur Ortolan, 2, pp. 734-736.

4. Les lois Furia et Voconia traitent les *mortis causa capiones* comme les legs (Gaius, 2, 225.226) et la loi Falcidia, qui, portant sur l'*hereditas*, leur était d'abord étrangère, leur fut étendue par Sévère, nous dit Gordien, *C.*, 8, 56 (57), *De m. c. d.*, 2, 2. Un sénatus-consulte a appliqué les lois caducaires au droit de

de vue, par exemple en les dispensant de l'insinuation au-dessus de cinq cents sous d'or et en les soumettant au concours de cinq témoins exigé pour la confection des codicilles[1]. Cependant, en dépit de ses exagérations de langage[2], il ne les a pas confondues avec les legs : en particulier, elles ne dépendent pas comme eux de l'existence d'un héritier[3] et elles ont toujours leurs modes de constitution et leurs causes de caducité régis par des règles propres.

1. *Formation de la donation.* La donation à cause de mort peut, selon la fraction du patrimoine dont le donateur dispose au profit du donataire, être opérée par les mêmes actes par lesquels se ferait une donation entre vifs et on recourra encore ici, pour chacun, à ses modes d'accomplissement ordinaires sans même que l'innovation de Justinien, qui a fait de la convention de donner un pacte légitime, obligatoire par le simple consentement, soit sûrement applicable ici. Mais le trait distinctif de la donation à cause de mort est d'être toujours affectée d'une condition. La condition peut y être adjointe comme condition suspensive, expresse ou tacite, selon la nature de l'acte, quand l'effet de l'acte, le transfert de la propriété d'une chose, la formation d'une obligation du donateur, l'extinction d'une obligation du donataire, par exemple, est retardé jusque la mort du donateur[4] : on procède ainsi surtout dans un cas qui paraît avoir été le plus ancien cas de donation à cause de mort, celui en vue duquel la théorie s'est formée, dans le cas où la donation est subordonnée au prédécès du donateur, non pas seulement au point de vue absolu, mais au point de vue relatif d'un événement déterminé en train de s'accomplir : de sa mort dans un combat, dans une maladie[5]. Beaucoup plus souvent, que la donation dépende du décès du donateur dans un péril déterminé ou de son décès quelconque, la condition intervient comme condition extinctive : la translation de propriété, la formation d'obligation, l'extinction d'obligation s'accomplit actuellement, mais

les recueillir : Paul, *D.*, *h. t.*, 35, *pr.* De plus, elles ne sont valables que sur l'actif net : Julien, *D.*, *h. t.*, 17.

1. *C.*, *h. t.*, 4. Le sens exact du texte est très controversé. V. pour les détails Vangerow, 2, § 563.

2. Justinien nous apprend, *Inst.*, *h. t.*, 1 ; *C.*, *h. t.*, 4, que l'assimilation était discutée entre les anciens jurisconsultes. Un texte d'Ulpien, *D.*, *h. t.*, 37, *pr.*, qui paraît la faire, visait sans doute seulement la matière du *jus capiendi* dont il traite là. Justinien parle, au *C.*, comme si l'assimilation était absolue. Il dit plus exactement, aux *Inst.*, qu'elle a lieu *fere per omnia*.

3. Elles en diffèrent encore en ce qu'elles produisent effet même quand le donataire n'a pas survécu au donateur s'il ne lui a pas prédécédé (p. 961, n. 3), en ce qu'elles peuvent être faites par un individu qui a pouvoir de disposer sans avoir la *testamenti factio*, par ex. par un fils de famille sur son pécule avec l'assentiment de son père (*D.*, *h. t.*, 25, 1). Enfin, en vertu de leurs formes mêmes, elles peuvent produire effet du vivant du disposant (p. 963, n. 1), tandis que les legs ne le font jamais avant sa mort. D'autres différences sont controversées.

4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 2, *in fine* ; 29. Marcellus, *D.*, 40, 1, *De manum.*, 15, *in fine*.

5. *Inst.*, *h. t.*, 1. Ulpien citant Julien, *D.*, *h. t.*, 2, *in fine*.

elle devra être tenue pour non avenue au cas de prédécès du donataire ou de changement d'avis du donateur [1].

2. *Caducité de la donation.* Quand la donation a été faite sous une condition suspensive, les conséquences de la révocation ou du prédécès du donataire sont très faciles à tirer. L'acte n'aurait produit d'effet que si la condition s'était réalisée. Elle a fait défaut. Il n'en a jamais produit. La propriété n'a jamais été transférée, la créance n'est jamais née, la dette n'a jamais été éteinte [2].

Au contraire, quand la donation a été faite sous une condition résolutoire, il y a eu un déplacement de propriété, une formation d'obligation, une extinction d'obligation dont il s'agit d'anéantir les effets. Le donateur a, pour demander qu'on lui retransfère la propriété, qu'on lui fasse acceptilation de l'obligation qu'il avait contractée, qu'on reconstitue à son profit la créance qu'il avait éteinte, en dehors des actions spéciales qu'il pourrait tenir par exemple d'un contrat verbal exprès ou d'une convention de fiducie valable [3], une *condictio* qui n'est que l'application du droit commun et en face de laquelle il est même surprenant de trouver des indices d'hésitation [4].

Mais il faut se demander en outre, pour le cas de donation réalisée par voie de translation de propriété, si on n'est pas arrivé à faire obtenir au donataire les avantages d'une action réelle, par exemple en disant que la propriété lui est revenue de plein droit à l'événement de la condition. Ici, comme en matière de vente sous condition résolutoire, la concession d'une action réelle à l'aliénateur ne nous paraît pas douteuse pour le temps de Justinien [5]; mais, en dépit de textes dont la plupart sont manifestement interpolés et dont le moins suspect ne fait que proposer une solution sans en attester le triomphe, nous ne croyons pas qu'elle fût admise en droit classique [6].

1. Ulpien, *D., h. t.*, 2 ; 29. Paul, *D., h. t.*, 35, 4.
2. C'est à ce cas que se rapporte Julien, *D., h. t.*, 14.
3. Convention de fiducie : p. 532, n. 1. Au contraire, l'action *in factum* donnée par Julien, *D., h. t*, 18, 2, à côté de la *condictio*, n'est pas l'action *praescriptis verbis* (cf. p. 600, n. 4).
4. Julien, *D., h. t.*, 18, 1. Ulpien, *D., h. t.*, 37, 1. Paul, *D., h. t.*, 35, 3 : *Nec dubitaverunt Cassiani quin condictione repeti possit,* donne à croire à des hésitations des Proculiens. On a expliqué cette divergence en supposant soit que les Proculiens auraient dès cette époque donné l'action réelle, n. 6 (H. Krueger, *Z. S. St.*, 12, 1891, p. 171), soit plutôt que la controverse sur l'analogie avec le legs existait entre les deux écoles et roulait sur le caractère résolutoire ou suspensif de la condition, les Proculiens défendant le caractère suspensif en face duquel seul on peut parler d'une véritable analogie avec le legs *per vindicationem* et mettant par là même hors de cause la *condictio* dont il ne peut être question qu'au cas de condition résolutoire (Erman, *Z. S. St.*, 13, 1893, p. 219, n. 2).
5. On peut invoquer dans ce sens le témoignage de Justinien, *C.*, 6, 37, *De leg.*, 26, 1, et les textes interpolés cités à la note qui suit.
6. Nous retrouvons les deux systèmes qui soutiennent qu'en toute matière le

CHAPITRE II. — DISPOSITIONS EN FAVEUR DU MARIAGE

Les dispositions en faveur du mariage, c'est-à-dire, dès une époque fort reculée, la dot, libéralité faite au mari par la femme ou pour le compte de la femme en vue des charges du ménage, et, dans le droit du Bas-Empire, la donation *propter nuptias*, libéralité corrélative adressée à la femme par le mari ou pour le compte du mari, occupent une situation intermédiaire entre les donations ordinaires et les actes à titre onéreux. Comme les donations, elles supposent un appauvrissement sans équivalent du disposant ; mais, au moins dans la dot, il n'y a pas précisément enrichissement à titre gratuit du bénéficiaire ; l'acquisition

retour de la propriété de plein droit était déjà admis en droit classique, au moins en cas de tradition, par une doctrine assise, d'après l'un (p. 735, n. 2), par une doctrine isolée de Marcellus et d'Ulpien, d'après l'autre (p. 736, n. 1). Il faut en outre signaler sur notre point deux autres systèmes plus récents. M. Appleton admet en partant d'une idée générale déjà indiquée p. 358, n. 4, que l'aliénateur garde ici, malgré l'aliénation, une action Publicienne qui sera bien repoussée par une exception *justi dominii*, s'il l'intente avant la révocation, ou même s'il l'intente après contre des tiers (qui par conséquent ne donnerait pas de droit de suite), mais où il paralysera l'exception *justi dominii* par une réplique de dol s'il l'intente contre le donataire ou ses héritiers après l'événement de la condition résolutoire. D'après MM. H. Krueger, *Z. S. St.*, 12, 1891, p. 171 et Erman, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 219-221, ce serait une *vindicatio utilis* accordée par le magistrat par décret qu'aurait le donateur. — Dans les textes, Ulpien, *D.*, *h. t.*, 37, 1, cite Julien comme disant que le donateur aura la *condictio pretii si hoc donator elegerit. Alioquin et ipsum servum restituere compellitur* ; le même Ulpien, *D.*, *h. t.*, 30, dit que le donateur qui se repent *condictionem vel utilem actionem habet* ; enfin, *D.*, *h. t.*, 29, après avoir sur la revendication donné les solutions certaines résultant des principes au cas de donation sous condition suspensive, il passe au cas de condition résolutoire et dit : *Potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset* (si le donateur survit au danger),*interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori*. L'interpolation du premier texte est prouvée par le rapprochement de la solution pure de Julien, *D.*, *h. t.*, 19, *in fine*. Quant au second, l'action utile dont il parle doit être une action réelle et il faudrait, à notre avis, y voir une *vindicatio utilis* plutôt qu'une action Publicienne que les textes ne désignent pas de cette façon ; mais elle nous paraît, comme à M. Pernice, *Labeo*, 3, p. 267, n. 4, le produit d'une interpolation, en particulier en face du langage beaucoup plus dubitatif du même Ulpien, *D.*, *h. t.*, 29. Reste donc seulement ce fr. 29 où l'action réelle, que le rapprochement avec le début du texte nous paraît prouver n'être pas la Publicienne, est indiquée seulement avec les plus grandes réserves (*potest defendi... adhuc quis dabit*). Ce peut être, à la rigueur, dans la pensée d'Ulpien, si toutefois le texte n'est pas interpolé (v. Mancaleoni, *Contributo alla storia della R. V. utilis*, 1900, p. 23, n. 1 ; R. von Mayr, *Z. S. St.*, 26, 1905, pp. 94-100 ; Collinet, *N. R. H.*, 1910, pp. 168-173) et malgré certaines difficultés de langage (cf. Erman, p. 221, n. 1 : Mancaleoni, p. 26), une *vindicatio utilis* qu'il conseille au préteur d'accorder : c'est probablement, dans la pensée des compilateurs, une action fondée sur la résolution de l'aliénation.

a lieu dans une fin spéciale qui provoque de la part du législateur des mesures de faveur et non de défiance.

SECTION I. — Dot.

La dot[1], la libéralité faite au mari en vue des charges du ménage (*donatio marito delata ad onera matrimonii sustinenda*)[2] soulève trois questions : celles de ses modes de constitution, des pouvoirs du mari sur les biens dotaux pendant le mariage et des droits de la femme après la dissolution du mariage. Mais, sur les deux derniers points, les règles du droit romain ont beaucoup varié, et d'une manière symétrique. L'obligation de restituer la dot, qui n'a pas toujours pesé sur le mari, ne s'est établie que graduellement à sa charge, et naturellement les restrictions apportées à ses pouvoirs pour assurer la restitution n'ont pu être constituées que depuis lors. Nous étudierons donc dans un ordre historique : d'abord, le système primitif, où il y a déjà une dot, mais où le mari l'acquiert sans devoir jamais la rendre et où par conséquent les pouvoirs qu'il tient de son acquisition n'ont reçu aucune restriction ; puis le système du droit postérieur, où il l'acquiert toujours, mais où il doit la rendre dans certains cas et où par suite ses pouvoirs sur elle ont reçu certaines limitations ; enfin le système du droit de Justinien, où il doit toujours la rendre, où en conséquence ses pouvoirs sont encore plus étroitement limités et où on a même prétendu qu'il n'en acquiert plus la propriété.

§ 1. — Système de l'ancien droit.

La dot existe déjà dans l'ancien droit romain, soit dans le mariage sans *manus*, soit même dans le mariage avec *manus*. Dans le mariage avec *manus*, si la femme est *sui juris*, c'est tout le patrimoine que le mari acquiert par la *conventio in manum*, comme l'adrogeant acquiert celui de l'adrogé par l'adrogation[3]. Si elle est *alieni juris*, dépourvue de biens propres, ce sont les biens qui peuvent lui être donnés en vue de son mariage et des charges qu'il entraînera, en particulier par son *paterfamilias* dont elle cesse d'être l'héritière par la *conventio in*

1. *D.*, 23, 3, *De jure dotium*. Les deux principaux ouvrages d'ensemble sur la dot sont ceux de Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, 2 vol., 1863-1867, et de Czyhlarz, *Das römische Dotalrecht*, 1870. V. en outre Gide, *Condition de la femme*, 2e éd., pp. 499-542. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 190-232. Esmein, *N. R. H.*, 1893, pp. 145-171. S. Solazzi, *La restituzione della dote*, 1899. A. Pernice, *Z. S. St.*, 20, 1899, pp. 130-131.
2. Cf. *D.*, *h. t.*, 76 : *Nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est*. *D.*, 49, 17, *De castr. pec.*, 16, *pr.* : *Dos... matrimonio cohaerens oneribus ejus ac liberis communibus... confertur*. V. sur l'ancienneté réelle de cette idée Gradenwitz, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 283-298.
3. Cicéron, *Top.*, 4, 23 : *Cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine*. Paul, *F. V.*, 115.

manum et qui peut vouloir l'indemniser par une libéralité actuelle ; car on ne peut lui en faire parvenir le profit sans qu'ils soient acquis à son mari. Mais, dans un cas comme dans l'autre, ces biens acquis au mari se confondent dans le patrimoine de celui-ci, comme les autres acquisitions qu'il fait par ses personnes en puissance, comme ses autres acquisitions individuelles, sans être soumis à un régime distinct, ni pendant le mariage, ni après sa dissolution. Si le mariage se dissout par la mort de la femme, la dot ne sera pas distraite du patrimoine du mari pour aller par exemple aux membres de l'ancienne famille de la femme : elle restera à son propriétaire, au mari, qui d'ailleurs a toujours les charges du mariage, duquel seul elle peut passer par succession aux enfants du mariage. Si le mariage se dissout par le prédécès du mari, la femme, étant *loco filiae*, héritera de ces biens comme de tous les autres en concours avec les descendants.

Dans le mariage sans *manus*, ce qu'a la femme, ce dont on veut la gratifier n'est plus nécessairement acquis au mari. Restant dans une famille distincte, elle garde ses biens propres, si elle en a [1]. Mais, en vue des charges du mariage, en vue des enfants, il arrivera régulièrement que l'on imitera artificiellement ce qui résultait nécessairement de la *manus* [2] ; que, comme dans le mariage avec *manus*, des biens seront remis en dot au mari, par exemple par le *paterfamilias* de la femme, si elle est *alieni juris*, par elle-même, si elle est *suis juris*, par des tiers, qu'elle soit *alieni juris* ou *sui juris*. Cette dot, appelée *profectice*, quand elle vient de l'ascendant paternel (*a patre profecta*), *adventice*, quand elle vient de la femme elle-même ou de toute autre personne (*aliunde quam ex re patris*) [3], pourra être constituée par tous les procédés par lesquels pourrait être faite une donation [4], par transfert de propriété

1. On peut donc à partir de là opposer les biens propres de la femme *sui juris*, les παράφερνα (*D.*, 23, 3, *De pact. dot.*, 9, 3), les *res extra dotem constitutae* (*D.*, 35, 2, *Ad l. Falc.*, 95, *pr.*) à la δώς, à la φερνή, aux *res dotales*.

2. L'imitation de l'acquisition par le mari qui se produisait inévitablement au cas de mariage avec *manus* est, à notre sens, avons-nous déjà dit, p. 169, la clef du système postérieur de constitution de dot. Nous croyons donc tout à fait contraire à la vérité historique en même temps qu'aux témoignages cités, p. 965, n. 2, la doctrine répandue qui considère la dot comme née seulement avec le mariage sans *manus* (Bechmann, p. 102 et ss.) ou tout au moins comme existant seulement au cas de *conventio in manum* d'une fille en puissance (Gide, pp. 505-508).

3. Ulpien, *Reg.*, 6, 3. Logiquement, on ne devrait considérer comme profectice que la dot constituée par un *paterfamilias* à une personne en puissance. Mais le droit romain la tient pour telle dès lors qu'elle est constituée par l'ascendant paternel mâle, même par ex. quand la fille est émancipée (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 5, 11).

4. La formule *dos datur dicitur aut promittitur* (p. 504, n. 1) vise seulement les modes les plus habituels, parmi lesquels on peut d'ailleurs remarquer que la *dictio dotis* elle-même est, suivant les cas, en position de réaliser une cession de créance (Ulpien, *Reg.*, 6, 2) ou une remise de dette (v. les textes cités, p. 504, n. 4). Constitution de dot par acceptilation : *D.*, *h. t.*, 43, *pr.* 1 ; par extinction

ou par constitution de droit réel, par cession de créance, par constitution de dette, par extinction d'obligation ou de droit réel, et, comme en matière de donation, on emploiera pour chaque acte ses procédés de droit commun qui produiront leurs résultats de droit commun, sauf cette double observation que, pour la constitution de dot par contrat verbal, il s'est développé, à côté de la forme ordinaire de contracter, une forme spéciale à la constitution de dot, la *dictio dotis* (pp. 503-504) et que l'opération quelconque faite à titre de constitution de dot est, si elle a lieu avant le mariage [1], subordonnée tacitement à la condition que le mariage aura lieu (condition *si nuptiae sequuntur*) [2].

La constitution de dot acquiert par là une physionomie tranchée qu'elle n'avait pas dans le mariage avec *manus* [3]. Mais les biens dont elle fait l'objet continuent toujours à entrer dans le patrimoine du mari, comme ses autres acquisitions, sans y être soumis à un régime propre ni pendant le mariage, ni après sa dissolution. Et on peut remarquer que là encore il n'y avait aucune raison d'écarter les effets des principes à la dissolution du mariage, que cette dissolution arrivât par la mort du mari ou par celle de la femme. Au cas de prédécès de la femme, le mari qui garde la dot a toujours les charges du mariage, peut seul faire passer aux enfants dans sa propre succession les biens qui la composent. Au cas de prédécès du mari, la femme n'est pas à la vérité son héritière, comme elle l'était dans le mariage avec *manus* ; mais, si elle reprenait les biens dotaux, ils seraient perdus pour les enfants qui ne sont pas non plus ses héritiers à elle, et le mari peut toujours, si les circonstances paraissent le demander, lui faire un legs, par exemple un legs d'usufruit, quand elle est sans fortune, lui léguer même cette dot (*legatum dotis*) quand il ne voit pas de motif de la transmettre à ses héritiers, ainsi quand il n'y a pas parmi eux d'enfants du mariage [4].

En somme, que le mariage fût avec *manus* ou sans *manus*, les conséquences du droit commun n'avaient rien que de satisfaisant, elles étaient jugées conformes à la destination même de la dot [5] et la tradition nous

d'usufruit : *D.*, *h. t.*, 78, *pr.* ; par cession de créance : *C.*, 4, 10, *De O. et A.*, 2 (p. 747, n. 3).

1. C'est le cas normal ; mais la dot peut, à Rome, être constituée ou augmentée pendant le mariage : Paul, *F. V.*, 110 ; *Sent.*, 2, 21 *b*, 1.

2. La condition pourrait ici comme en matière de donation à cause de mort intervenir à titre de condition suspensive ou résolutoire. Pour la constitution par dation, on admet sauf preuve contraire que la propriété a été transférée immédiatement et qu'au cas d'événement de la condition résolutoire le constituant pourra demander la restitution par une *condictio* (Callistrate, *D.*, *h. t.*, 8). Au contraire la promesse et l'acceptilation faite *dotis causa* sont réputées faites sous la condition suspensive tacite *si nuptiae sequuntur* (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 21 ; 43).

3. Elle a pu aussi avoir depuis des règles propres. Cf. p. 971, n. 3.

4. Cf. sur cet usage, Esmein, *Mélanges*, p. 43 et ss.

5. C'est ce qu'exprime la formule répétée par Paul, *D.*, *h. t.*, 1, à une époque

rapporte que pendant plus de cinq siècles ni les particuliers ni la loi n'ont songé à les modifier[1].

§ 2. — Système classique. — Promesse de restitution. — Action *rei uxoriae*.

Le système primitif tiré du jeu même des règles du droit s'est révélé comme imparfait, seulement par l'intervention de circonstances nouvelles, en face de l'accroissement d'importance d'un mode de dissolution du mariage, qu'à cause de sa rareté première nous avons pu négliger dans l'exposition du régime ancien, à la suite de la multiplication des divorces. Le divorce a toujours été permis par la loi romaine et il y a sans doute toujours eu des divorces à Rome ; mais ils étaient anciennement trop peu nombreux pour exercer une influence sur les règles pécuniaires du mariage[2]. Au contraire, ils devinrent plus fréquents à partir d'un moment que les Romains font concorder avec celui du divorce célèbre de Sp. Carvilius Ruga, à partir du commencement du VIe siècle[3]. Les femmes rendues libres par divorce à l'âge normal du mariage sont devenues assez nombreuses pour qu'on s'occupât de leur faciliter un second mariage et on a eu l'idée de leur procurer les ressources nécessaires pour cela précisément en leur permettant de réclamer la dot qui les avait mises à même de contracter le premier.

Comme il arrive presque toujours, l'innovation a d'abord été faite par la pratique, par l'ingéniosité des intéressés[4]. Pour astreindre le mari qui acquiert la dot lors du mariage à la rendre à sa dissolution, on a greffé sur son acquisition une obligation contractuelle. On lui a fait, au moment où il recevait la dot, contracter l'obligation de la restituer par un contrat verbal, par la *cautio rei uxoriae*. Il existe des dissentiments sur la rédaction de cette *cautio* : on suppose souvent qu'elle a eu d'abord pour objet une portion indéterminée de la dot laissée à l'appréciation du juge[5] ; à notre sens, elle devait avoir plutôt un objet certain, la dot

où elle n'est plus parfaitement vraie : *Dotis causa perpetua est et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit*. Cf. Gide, p. 502.

1. Aulu-Gelle, 4, 3, 1 : *Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse*.

2. Il pouvait arriver seulement alors que le mari, qui devait, avant de répudier la femme, consulter un conseil d'amis (Val. Max., 2, 9, 2), décidât aussi, suivant l'avis de ce conseil, s'il devait garder sa dot ou lui en restituer tout ou partie ; c'est à ce *judicium domesticum* que se rapportent, croyons-nous, les paroles de Caton, chez Aulu-Gelle, 10, 23, 4.

3. Servius Sulpicius, *De dotibus*, cité par Aulu-Gelle, 4, 3, 2. Cf. p. 164, n. 4.

4. Servius Sulpicius, *loc. cit.*

5. Cette opinion répandue s'appuie principalement sur un témoignage de Boèce, *In Top.*, 6, 17, 65, où il représente la promesse comme faite, dans des termes qui rappellent beaucoup la formule de l'action *rei uxoriae*, pour une portion équitable de la dot si le mariage est dissous par divorce. Mais elle se heurte à des

même (*res uxoria*), de l'argent, si la dot consistait en argent, un corps certain, si la dot consistait en un corps certain, et il faut peut-être même faire remonter à cette époque l'usage de constituer la dot avec estimation en vertu duquel le mari se porte débiteur non pas de la dot, mais de son évaluation [1]. En tout cas, l'objet de la créance dépendait, dans chaque hypothèse concrète, des termes de la stipulalion. Il en était de même de ses conditions d'ouverture : la stipulation pouvait viser, ou le seul cas du divorce, ou celui de dissolution quelconque. C'était une œuvre de la pratique. La pratique l'a constituée à son gré dans les limites tracées par les règles générales du droit.

Mais les parties pouvaient ne pas avoir eu la prudence de se ménager la ressource de l'action contractuelle. L'autorité publique est alors intervenue pour créer une seconde voie de recours d'un caractère plus anormal : c'est l'action *rei uxoriae*, donnée à la femme pour réclamer au mari ce qui doit lui revenir équitablement de sa dot (*quod aequius melius erit* [2]), action que des textes récents présentent comme une action de bonne foi, qui plus exactement a commencé par être une action *in bonum et aequum concepta* [3], qui en conséquence est, à notre avis, une action prétorienne comme toutes les actions *in bonum et aequum conceptae* [4], et qui, puisqu'elle est une action prétorienne, ne peut, croyons-

objections sérieuses formulées par M. Esmein, p. 147 et ss. D'abord, elle est peu conforme aux habitudes de l'ancien droit, où les contrats ont plutôt pour caractère de faire naître une obligation précise ayant un objet certain, de préférence un objet en argent. Elle force ensuite à admettre qu'après la stipulation la plus ancienne produisant une créance à peu près identique à la créance née de l'action *rei uxoriae*, on aurait inventé une seconde stipulation de restitution seule connue en droit classique qui est très différente. Il est plutôt à croire que, dans sa description de l'ancienne *cautio rei uxoriae*, l'auteur copié par Boèce a simplement décalqué l'action *rei uxoriae* par suite d'une conjecture fausse et que le contrat verbal de restitution a été dès le principe celui plus rigoureux, plus correct, plus normal qu'on rencontre en droit classique.

1. Cet arrangement, fréquent en droit classique où il est bien connu (*D.*, *h. t.*, 10, 5 : *Aestimatio venditio est* ; 15 : *Non simplex venditio... sed dotis causa* ; cf. Windscheid, 2, § 494, n. 11), est dans un accord parfait avec la prédilection de l'ancien droit pour les créances ayant pour objet une somme d'argent toute évaluée ; il y a même été une nécessité, si la *cautio rei uxoriae* s'est introduite à une époque où le contrat verbal ne pouvait encore avoir pour objet que des sommes d'argent (p. 499, n. 4) et où l'on pouvait déjà par d'autres procédés constituer d'autres valeurs en dot.

2. Cicéron, *Top.*, 17, 66 : *In arbitrio rei uxoriae in quo est quod ejus aequius melius erit. De off.*, 3, 15, 61. Cf. sur la restitution de la formule, Lenel, *Edictum*, § 113.

3. Elle est classée parmi les actions de bonne foi par Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 29, et même déjà par Gaius, 4, 62. Mais elle ne figure pas dans l'énumération des actions de bonne foi de Q. Mucius Scaevola (p. 534, n. 2), ni dans les autres listes de Cicéron, par exemple *De nat. deor.*, 3, 30, 74. Gaius, *D.*, 4, 5, *De cap. min.*, 8, dit plus exactement qu'elle est *in bonum et aequum concepta*.

4. Cet argument simple et décisif a été mis en lumière par M. Esmein, *N. R. H.*, 1893, pp. 152. 164. Dans la doctrine répandue qui admet pour la *cautio rei*

nous, avoir été créée qu'après la loi Aebutia[1]. Elle a été établie après cette loi par le préteur pour permettre à la femme divorcée de demander au mari coupable, à titre de peine, une partie des biens dotaux arbitrée par le juge[2] ; puis elle a été étendue, dès avant la fin de la République[3], peut-être par l'édit, peut-être par une loi[4], au cas de prédécès du mari, où l'idée de la peine disparaît. Et elle a subsisté, sous cette forme, à côté de l'action *ex stipulatu,* dans tout le développement postérieur.

Dans le nouveau régime introduit par la création de ces deux actions, le mari reste à Rome, à la différence de ce qui existait ailleurs[5], propriétaire des biens dotaux. Mais, à côté de son droit présent et sûr, il est né un droit éventuel, plus incertain, de la femme[6] : le mari est sujet à restitution. Le système qui se résumait auparavant dans l'acquisition de la dot par le mari, dans la constitution de dot, a désormais deux termes : la constitution et la restitution. En conséquence, on a pu se demander si, pour mieux assurer la restitution après le mariage, il ne convenait

uxoriae la rédaction rapportée par Boèce, on considère souvent l'action *rei uxoriae* comme née de cette caution sous-entendue. Une autre doctrine considère l'action comme ayant été introduite par l'interprétation doctrinale à l'imitation de ce que faisait antérieurement le mari lui-même dans le *judicium domesticum* (p. 968, n. 2). V. les renvois dans Esmein, pp. 146-171.

1. M. Esmein, p. 165 et ss., a été amené à supposer le contraire en face de témoignages où la dot est déjà représentée comme due par les héritiers du mari à la fin du VI[e] siècle et au début du VII[e] : par les héritiers de Paul Emile en 594 (Polybe, 18, 18, 6. 32, 8, 4 ; Diodore, 31, 26 ; Plutarque, *Vita*, 4, 5, etc.), par ceux de C. Gracchus en 633 (*D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 66, *pr.* ; cf. Plutarque, *Vita*, 17, 4). Mais aucune raison décisive ne force, à notre sens, à admettre que ces textes se rapportent à l'action *rei uxoriae* plutôt qu'à la *cautio rei uxoriae* ou, pour le premier, au *legatum dotis*. Dans un autre texte, *D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 44, *pr.*, la mention de Caton après Nerva est, comme le remarque M. Esmein, probablement une corruption. On pourrait plutôt nous objecter une autre citation de Caton, Aulu-Gelle, 10, 23, 3 ; mais le *judex* dont elle parle est, à notre sens, le mari lui-même *judex domesticus* de la répudiation (p. 968, n. 2).

2. V., en faveur du caractère pénal originaire de l'action, les arguments rassemblés par M. Esmein, p. 161 et ss.

3. L'action donnée, au cas de prédécès de la fille, au père pour la dot profectice, qui paraît un développement doctrinal pareillement étranger à l'idée de délit et postérieur à l'extension de l'action à la femme survivante, est déjà connue de Ser. Sulpicius, mort en 711 (*D.*, 23, 3, *De J. D.*, 79).

4. Cette opinion concevable ne doit pas être compromise par la forme paradoxalement exagérée que lui a donnée M. Voigt, *Die lex Moenia de dote*, 1866, en restituant dans son nom, sa date et son contexte, une prétendue loi Moenia *de dote* de l'an 568.

5. Par exemple en Grèce ; c'est par ce droit hellénique différent du droit romain qu'il faut expliquer l'édit du préfet d'Egypte Tibère Alexandre, *Textes*, pp. 174-176, déclarant, l. 25, la femme propriétaire de la dot. V. sur ce régime hellénique de la φερνή et sur la notion corrélative des παράφερνα différente de celle du droit romain, Mitteis, *Grundzüge*, pp. 219-224 et depuis G. Castelli, *παράφερνα nei papiri e nelle fonti romane*, 1913.

6. C'est en considération de ce droit éventuel et de l'avantage tiré par la femme, pendant le mariage, des biens dotaux affectés aux charges du ménage, que les jurisconsultes parlent de propriété de la femme sur la dot (Ulpien, *D.*, 4, 4, *De min.*, 3, 5 : *Dos ipsius filiae proprium patrimonium est* ; Tryphoninus, *D.*, 23, 3, *De J. D.*, 75 : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*).

pas de restreindre déjà, pendant le mariage, les pouvoirs du mari [1]. C'est la considération qui a conduit Auguste à faire voter la loi Julia *de fundo dotali*, ou plutôt le chapitre relatif au fonds dotal de la loi Julia *de adulteriis*, défendant au mari d'aliéner l'immeuble dotal italique sans le consentement de la femme [2]. Et le régime dotal romain a ainsi reçu son troisième trait essentiel : la dot, constituée dans les formes convenables, avant ou pendant le mariage, est, durant le mariage, la propriété du mari, mais il a sur elle des pouvoirs distincts de ceux des propriétaires ordinaires, parce qu'il est exposé à devoir la rendre après le mariage.

1. Nous n'avons rien à ajouter sur les modes de constitution de dot [3].

2. Quant aux pouvoirs du mari pendant le mariage, ils sont restreints seulement dans la mesure de la loi Julia [4]. En conséquence, il garde tous les droits qu'il tient de la qualité de propriétaire, non seulement sur les meubles dotaux, mais sur les immeubles provinciaux [5], mais sur les immeubles italiques constitués en dot avec estimation [6]; car alors il est, en vertu de la règle que l'estimation vaut vente, débiteur du prix et non de la chose vendue. Au contraire, pour les immeubles dotaux italiques non estimés, il est dépouillé du pouvoir d'aliéner qui ne peut lui être rendu que par le concours de sa femme. Sans elle, il ne peut faire aucune aliénation ni directe, ni indirecte, ni totale, ni partielle : il ne peut pas plus laisser la propriété s'éteindre par usucapion [7] qu'en faire mancipation; il ne peut pas davantage grever la chose d'un usufruit, consentir sur elle une hypothèque. On trouve même pour l'hypothèque une rigueur particulière qu'on attribue souvent à la loi Julia, qui vient, à notre avis, de la combinaison de la loi Julia avec la prohibition faite aux femmes d'in-

1. Paul, *D.*, 23, 3, *De J. D.*, 2 : *Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.*

2. Paul, *Sent.*, 2, 21 *b*, 2 : *Lege Julia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet.* Date de la loi : p. 170, n. 5.

3. V. pp. 966-967. On remarquera seulement : 1° que, depuis l'Empire, certains parents sont légalement astreints à doter la femme : p. 648 ; 2° que, au cas de constitution par formation d'obligation, certains constituants jouissent du bénéfice de compétence (*D.*, *h. t.*, 84 ; *D.*, 24, 3, *Solut. matr.*, 17, *pr.* 1) ; 3° que l'application à la constitution de dot du droit des créanciers d'attaquer les actes du débiteur faits en fraude de leurs droits présente des difficultés tenant à la détermination de son caractère à titre gratuit ou onéreux : p. 435, n. 1 ; 4° qu'elle soulève au point de vue de la garantie d'éviction les mêmes questions que la donation (p. 959, n. 4), sans que les solutions soient peut-être identiques ; cf. Gérardin, *N. R. H.*, 1896, pp. 5-17.

4. *D.*, 23, 5, *De fundo dotali.*

5. *Inst.*, 2, 8, *Quib. al. licet*, *pr.* L'extension indiquée dubitativement par Gaius, 2, 63, est écartée par les fr. du Sinaï, 5 (*Textes*, p. 608).

6. Cf. Africain, *D.*, *h. t.*, 11.

7. Paul, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 28, *pr.* Cf. Lenel, *Edictum*, p. 181, n. 8 (*Edit*, 1, p. 212, n. 2). En revanche l'usucapion commencée continue à courir (*D.*, *h. t.*, 16). La prohibition ne s'applique pas non plus aux aliénations forcées (*D.*, *h. t.*, 1, *pr.* ; *D.*, 23, 3, *De J. D.*, 78, 4).

intercéder[1]; le mari ne peut hypothéquer l'immeuble dotal, parce que la loi Julia, qui prohibe l'aliénation totale ou partielle, lui défend d'hypothéquer[2] et il ne peut le faire, même avec le consentement de la femme, parce que les dispositions qui ont défendu aux femmes d'intercéder empêchent sa femme de lui donner un consentement qui, étant une renonciation consentie dans l'intérêt du mari au recours qu'elle a contre lui, serait une intercession[3]. Si la loi a été enfreinte, l'aliénation, la constitution de droit réel sera nulle d'une nullité qui, à la vérité, est établie dans l'intérêt de la femme et qui par conséquent disparaîtra si l'intérêt de la femme disparaît, quand le mari gardera la dot[4], mais qu'en attendant le mari peut invoquer durant le mariage, soit pour refuser de livrer l'immeuble aliéné, soit pour le revendiquer après l'avoir livré.

3. Il faut surtout insister sur l'obligation de restitution[5] sanctionnée par l'action *ex stipulatu*, au cas de contrat verbal exprès où l'on dit que la *dos* est *recepticia*[6], et même en l'absence de contrat verbal par l'action *rei uxoriae*, que la *dos* soit une *dos adventicia* ou une *dos profecticia*.

Ces deux actions, malgré leur identité générale d'objet[7], sont toujours restées séparées par des différences considérables tenant à leur dualité de principe. L'action *ex stipulatu* est une action née du contrat de droit strict de stipulation, par conséquent régie de tout point par les principes ordinaires des actions de droit strict, sans qu'on y ait à s'occuper des besoins auxquels correspond la restitution, ni de l'embarras que peut causer au mari son accomplissement rigoureux. L'action *rei uxoriae*, qui a commencé par être une action pénale *in bonum et aequum concepta*, qui, par un mouvement mal connu, a fini par être classée parmi les actions civiles de bonne foi, enjoint par sa formule même au juge de ne prescrire de restitution que dans la mesure où les raisons de morale et d'équité

1. Justinien, *Inst.*, 2, 8, *Quib. al. licet, pr.*, rattache la disposition à la loi Julia, mais son témoignage a peu de valeur pour une distinction de nuance et Gaius, 2, 63, Paul, *Sent.*, 2, 21 *b*, 2, ne parlent que de la prohibition générale d'aliéner.

2. C'est tout ce que dit un texte de Gaius, *D.*, *h. t.*, 4, parfois invoqué à l'appui du langage de Justinien, selon lequel la loi défendait *ne marito liceat obligare aut alienare*.

3. P. 799 et ss. La question n'a pas d'intérêt historique considérable, l'intercession de la femme pour le mari ayant déjà été prohibée par Auguste (p. 800, n. 2). Elle a un intérêt de fond pour le cas où la prohibition d'intercéder cesse de s'appliquer, par ex. parce que l'affaire intéresse la femme (p. 801, n. 2) et elle présente aussi, croyons-nous, un intérêt de procédure.

4. Marcien, *D.*, *h. t.*, 17. Papinien, *D.*, 41, 3, *De usurp.*, 42.

5. *D.*, 24, 3 ; *C.*, 5, 18 : *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*.

6. Ulpien, *Reg.*, 6, 5. Au cas de constitution de dot par translation de propriété le résultat pouvait en outre être atteint anciennement par une aliénation fiduciaire (p. 532, n. 2) et plus tard par un contrat innommé (p. 607, n. 5).

7. L'une et l'autre portent sur un corps certain, si on a constitué en dot un corps certain, sur une quantité ou une somme d'argent, si la constitution de dot portait sur un genre ou une somme d'argent ou si elle était faite avec estimation.

qui l'ont fait introduire sembleront le demander et le permettre. Dans la première action, la dot, faisant l'objet d'une dette ordinaire, doit être rendue toujours, immédiatement, intégralement, sans qu'il y ait à tenir compte des avantages assurés à la femme à un autre titre, sans que la femme, quand elle agit, ait de motif d'être préférée aux autres créanciers. Sur la seconde action au contraire, la restitution n'a pas toujours lieu, elle n'est pas toujours intégrale, elle n'est pas toujours immédiate, elle ne se cumule pas avec les avantages testamentaires faits par le mari à la femme et en revanche elle est garantie par un privilège qui donne une efficacité toute particulière à la restriction des pouvoirs du mari portée par la loi Julia[1].

a) La *dos recepticia* doit toujours être rendue, n'est jamais gardée par le mari ni par ses héritiers[2]. Le mari, qui a promis par contrat verbal de restituer la dot à la dissolution du mariage, est un débiteur à terme incertain, qui à l'échéance est toujours obligé d'exécuter son obligation entre les mains du stipulant ou de ses héritiers, que ce stipulant soit la femme ou un tiers constituant : c'est même par une entorse récente aux règles du contrat verbal qu'on a admis dans quelques cas que la stipulation pourrait assurer la créance à une autre personne que le stipulant, par exemple à la femme (p. 459, n. 9).

Au contraire, la créance sanctionnée par l'action *rei uxoriae* est à peine une créance conditionnelle. Elle peut naître ou ne pas naître. Ce qui la produit, ce n'est pas un contrat fait au moment de la constitution de dot. C'est le fait de la dissolution du mariage, considéré d'abord comme méritant une répression dans certains cas, plus tard comme nécessitant dans d'autres cas que la dot soit reprise pour faciliter un nouveau mariage, enfin dans un dernier cas comme permettant tout au moins qu'elle soit reprise parce que sa fonction est terminée. Au cas de dissolution par divorce ou par prédécès du mari, la femme a, pour reprendre la dot, une action *rei uxoriae*[3] qui, étant fondée anciennement sur un délit du mari et plus tard sur son obligation de se remarier, lui appartient également, que la dot ait été constituée par elle ou par un autre, et qui, même quand elle est sous la puissance d'un ascendant, ne pourra être intentée par lui

1. Ce ne sont pas naturellement les seules différences. Ainsi le mari débiteur de la dot par l'action *rei uxoriae* est, quand la dette porte sur un corps certain, tenu de sa *culpa levis* (*in concreto* d'après le *Dig.*) (p. 668, n. 1) ; sur l'action *ex stipulatu*, on doit appliquer les règles du contrat verbal (p. 669). En revanche et quoiqu'on l'ait contesté, il est vrai, croyons-nous, pour l'une ou l'autre, que la dot ne pouvait valablement être restituée à la femme pendant le mariage, sauf dans certains fixés législativement peut-être par la loi Papia Poppaea (*C.*, 5, 19, *Si dos constante matrimonio*), mais que la femme avait le droit d'en exiger la restitution anticipée quand le mari était devenu insolvable (*D.*, *h. t.*, 24, *pr.*).
2. Valérien, *C.*, 5, 18, *Sol. matr.*, 5 ; Justinien, *C.*, 5, 13, *De r. u. act.*, 1, 4.
3. Ulpien, *Reg.*, 6, 6.

qu'avec son concours (*adjuncta filiae persona*) [1], mais qui à l'inverse disparaît par sa mort avant la mise en demeure du débiteur [2]. Au cas de dissolution par prédécès de la femme, l'action *rei uxoriae* peut encore être intentée pour réclamer la dot, si la dot est une dot profectice et si le père qui l'a constituée survit à sa fille, parce que sa fonction est terminée [3] ; mais, en dehors de là, si la dot est une dot adventice ou si c'est une dot profectice dont le constituant est mort, le mari survivant garde la dot parce que l'événement qui eût fait naître sa dette ne s'est pas produit [4].

b) Sur l'action née de la stipulation, le promettant ne jouit pas plus que pour une autre dette verbale d'un délai de grâce après l'échéance [5]. Sur l'action *rei uxoriae*, le mari, que la restitution immédiate pourrait gêner pour certaines choses, pour les choses qu'il ne doit pas avoir en nature, pour les genres, a, s'il ne s'en est pas rendu indigne, un délai : il peut les rendre en trois annuités (*annua, bima, trima die*) [6].

c) Le débiteur de la dot poursuivi par l'action *ex stipulatu* doit la rendre tout entière [7]. Il est, comme un débiteur quelconque, tenu à tout le montant de sa dette, sans qu'on ait à s'occuper de ses ressources, des autres créances qu'il peut de son côté avoir contre la femme ou les héritiers. Il peut avoir contre eux des créances se liant fort étroitement au mariage, à la dot même. Ainsi, quand la femme en partant de chez lui a emporté des choses lui appartenant, il a l'action *rerum amotarum* [8] ; quand elle a reçu de lui pendant le mariage des donations prohibées, il a une action en restitution, personnelle ou réelle suivant les cas (p. 958,

1. Ulpien, *Reg.*, 6, 6. Paul, *D.*, 24, 3, *Solut. matr.*, 3. Cf. Esmein, p. 161.
2. Ulpien, *Reg.*, 6, 7. M. Esmein, p. 159, croit même que, par suite de son caractère pénal, elle ne passait pas anciennement contre les héritiers du mari. A l'inverse, elle n'est pas éteinte par la *capitis deminutio* (Gaius, *D.*, 4, 5, *De cap. min.*, 8).
3. Ulpien, *Reg.*, 6, 4. Pomponius, *D.*, 23, 3, *De J. D.*, 6, dit qu'on n'a pas voulu que le père eut le chagrin de perdre à la fois sa fille et la dot ; on peut dire plus sérieusement qu'il est obligé de la doter par une règle morale que la loi Julia a transformée en règle de droit (p. 648).
4. Ulpien, *Reg.*, 6, 4. 5.
5. Il doit restituer *ilico*, dit Justinien, *C.*, 5, 13, *De r. u. a.*, 1, 7.
6. Ulpien, *Reg.*, 6, 8. Ces délais avaient été d'abord établis pour le paiement d'une dot par celui qui l'avait constituée ; ils furent transportés à sa restitution, à une époque incertaine, au plus tard à celle des lois Julia et Papia Poppaea, auxquelles on paraît faire allusion en parlant de *statutum legibus tempus*, de *tempus legibus datum* (Proculus, *D.*, 23, 4, *De pact. dot.*, 17 ; Paul, *D.*, 3, 14, *De pact.*, 27, 2). Le mari n'y avait droit que quand le divorce n'avait pas eu lieu par sa faute. Le délai était réduit à six mois, au cas de faute légère du mari (*mores leviores*), et au cas de faute grave (*mores graviores*), il était supprimé (Ulpien, *Reg.*, 6, 13). En outre, quand la dot devait déjà, d'après sa nature, être rendue immédiatement, le mari était tenu, d'après le même texte, d'une peine du 6[e] ou du 8[e] de la dot, suivant la faute.
7. *C.*, 5, 13, *De r. u. a.*, 1, 7 : *Ilico et in solidum*.
8. Cf. *D.*, 25, 2, *De a. rer. amot.* V. p. 170, n. 1 ; p. 417, n. 5 ; cf. Esmein, *Mélanges*, pp. 27-30 et Lenel, *Edictum*, § 115.

n. 4) ; enfin, quand le divorce a été provoqué par la mauvaise conduite de la femme, il a contre elle une action mal connue, le *judicium de moribus*, qui à notre avis a été à l'origine une action prétorienne pénale symétrique à l'action *rei uxoriae*, donnée au mari contre la femme comme elle à la femme contre le mari et ayant comme elle son taux déterminé par la dot qu'elle pouvait autrefois absorber entièrement, dont plus tard elle ne pouvait atteindre qu'une partie [1]. Il pouvait avoir d'autres créances encore. Mais, jusqu'à l'introduction de la compensation *ex dispari causa*, cela ne le dispensait pas de payer. Il pouvait seulement intenter une action distincte.

En vertu du caractère pénal, il a pu en être de même à l'origine pour l'action *rei uxoriae* [2]. Mais, en partant de l'équité, on a fini par la donner contre le mari seulement dans la limite de ses ressources (*in id quod facere potest*) [3]. De plus, en partant de la même idée, on lui a permis de faire entrer en déduction de sa dette divers droits qu'il a contre son créancier [4] : il pourra faire des rétentions *propter mores*, *propter liberos* [5], au lieu d'intenter le *judicium de moribus* ; *propter res donatas*, au lieu d'agir en restitution des choses données ; *propter res amotas*, au lieu d'intenter l'action *rerum amotarum* ; *propter impensas*, en vertu de ses impenses qui ne fondent pas d'action distincte [6],

1. Cette action pénale intransmissible activement et passivement (*C. Th.*, 3, 13, *De dot.*, 1) qui est toujours représentée comme intentée par le mari contre la femme (v. par ex. Gaius, 4, 102 : *Cum de moribus mulieris agitur*) et sur l'exercice de laquelle Marius fut déjà appelé à statuer comme *judex* au milieu du VIIe siècle (Val. Max., 8, 2, 3. Plutarque, *Vita*, 38) pouvait anciennement absorber toute la dot (mêmes textes : Pline, *N. H.*, 14, 13, 90) et fut plus tard probablement réduite à une partie de la dot (n. 5) ; cf. sur elle Esmein, *N. R. H.*, 1893, pp. 153-155. Lenel, *Edictum*, § 116.

2. C'est par exemple ce qui paraît se présenter dans le cas de l'affaire jugée par Marius, n. 1, où le *judicium de moribus* du mari et l'action *rei uxoriae* de la femme sont renvoyés au même juge.

2. *C.*, 5, 13, *De r. u. a.*, 1, 7. Modestin, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 20. Au contraire, les héritiers du mari sont condamnés *in solidum*.

4. Ulpien, *Reg.*, 6, 9.

5. Ces rétentions, dont le montant fut sans doute d'abord indéterminé et pouvait alors, comme celui du *judicium de moribus*, absorber toute la dot dans certains cas, ont été fixées, probablement en même temps que pour lui, à un maximum d'un 1/8 au cas de faute légère (*mores leviores*), d'un 1/6 au cas de faute grave (*mores graviores* : adultère), pour la rétention *propter mores* (Ulpien, *Reg.*, 6, 12) et d'un 1/6 par enfant, sans que le total puisse excéder la moitié de la dot pour la rétention *propter liberos* (Ulpien, *Reg.*, 6, 10). On discute si elles se cumulent en tout ou partie.

6. Ulpien, *Reg.*, 6, 14-17, *D.*, 25, 1, *De imp. in res dot.* Fr. du Sinaï, 8. 9 (*Textes*, pp. 609-610). Cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 386-388. C'est à propos de cette rétention que s'est sans doute constituée la distinction des impenses nécessaires, utiles, et voluptuaires, faite là par Ulpien. Les impenses nécessaires, qui *minuunt ipso jure dotem* (p. 720, n. 3), viennent toujours en déduction de la dette. Quant aux impenses utiles, on a admis, après des variations, que le mari n'y a droit que s'il a agi avec l'assentiment de sa femme (Paul, *D.*, *h. t.*, 8 ; cf. Javolenus, *D.*, 23, 5, *De fund. dot.*, 18) ; cependant le montant peut en être retenu, en dehors

et enfin, dans un sens différent du précédent, il peut encore en faire *propter liberos*, à raison des frais d'entretien des enfants qui restent à sa charge, quand il est poursuivi en restitution de la dot profectice par le père survivant[1]. C'est le système des rétentions dotales ; on notera qu'il y en a deux catégories : les premières rétentions *propter liberos* et *propter mores*, qui remplacent le *judicium de moribus* et qui, ayant comme lui un caractère moral, appartiennent au mari et non à ses héritiers et n'existent qu'au cas de divorce ; les autres rétentions, ayant un caractère plutôt pécuniaire, qui passent aux héritiers du mari et qui sont admissibles toutes les fois que la dot est restituée sur l'action *rei uxoriae*[2].

d) Quand le mariage a fini par le décès du mari qui a laissé quelque chose à la femme dans son testament, les héritiers tenus de ce legs doivent néanmoins restituer la dot, si cette restitution a été promise par contrat verbal[3]. Au contraire, en l'absence de contrat, la femme ne peut, en vertu de l'édit *de alterutro*, que choisir entre la créance sanctionnée par l'action *rei uxoriae* et celle née du legs que le mari est considéré comme lui ayant fait pour la remplir de sa dot[4].

e) Enfin, l'action *ex stipulatu* est une action patrimoniale ordinaire, dans laquelle le stipulant n'a, semble-t-il, aucun motif d'être préféré aux autres créanciers du mari ou de la succession, doit, comme eux, être réduit à un dividende, si le passif est supérieur à l'actif[5]. L'action *rei uxoriae* était sanctionnée par un *privilegium inter personales actiones*[6], qui lui permettait de passer avant les créanciers chirographaires du

de là, par le mari, quand la femme ne le laisse pas enlever ce qu'il peut séparer sans détériorer la chose ; car cette règle s'applique même aux impenses voluptuaires (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 9, dont la sincérité est attestée par les Fr. du Sinaï, 9). Sur les interpolations par lesquelles Justinien a donné au mari une action en réclamation des impenses utiles, cf. F. Schulz, *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 57-106, où il admet d'autres interpolations qui ne nous paraissent pas établies, en matière d'impenses voluptuaires (à l'encontre des Fr. du Sinaï) et en matière d'impenses nécessaires (v. p. 720, n. 3).

1. Ici la rétention est d'un cinquième par enfant sans maximum (Ulpien, *Reg.*, 6, 4).

2. Paul, *D.*, 24, 3, *Solut. matr.*, 15, 1. Cicéron, *Top.*, 4, 19, signale déjà la restriction de la rétention *propter liberos* au cas de divorce par la faute de la femme.

3. *C.*, 5, 13, *De r. u. act.*, 1, 3 *a*.

4. *C. Th.*, 4, 4, *De test.*, 7, *pr.* ; *C.*, 5, 13, *De r. u. act.*, 3. Le *legatum dotis* fait anciennement par le mari à la femme survivante (p. 967, n. 4) remplissait en effet le même rôle que l'action *rei uxoriae* qui lui est donnée au même cas par le droit nouveau. La femme doit choisir entre le système ancien et le nouveau sans pouvoir cumuler les deux bénéfices. Cf. Esmein, *Mélanges*, pp. 56-58 ; v. aussi les pp. 43-48, sur la distinction faite depuis l'introduction de l'action *rei uxoriae* entre le *legatum dotis*, qu'elle rend à peu près superflu, et le *legatum pro dote*, qui pourra être beaucoup plus avantageux.

5. Rien ne prouve notamment que l'action *ex stipulatu* soit munie d'un *privilegium* et la disparition du *privilegium* de l'action *rei uxoriae* au cas de stipulation novatoire (*D.*, 46, 2, *De nov.*, 29) porte plutôt à penser le contraire.

6. V., sur sa date d'introduction, Kuebler, *Mélanges Girard*, 2, pp. 59-60.

mari, qui même en réalité lui permettait beaucoup plus par suite de sa combinaison avec la loi Julia.

Le privilège permet, par sa nature, à la femme et à elle seule[1], de passer avant les créanciers ordinaires sur ce qui reste après les créanciers hypothécaires satisfaits, d'être remboursée de sa créance de la dot quoique le mari soit insolvable si les biens dotaux sont restés libres entre les mains du mari ou s'il reste dans le patrimoine de celui-ci une autre valeur quelconque égale au montant de sa créance. Mais, en vertu de la loi Julia, la femme dont la dot consistait en un immeuble va précisément toujours trouver dans le patrimoine du mari l'immeuble à l'aliénation duquel elle n'a pas consenti. Si le mari a invoqué la nullité pour ne pas le livrer ou pour le reprendre, elle le retrouve en nature comme s'il n'avait jamais été aliéné et elle va se servir de son privilège pour s'en faire transférer la propriété par préférence aux créanciers ; si le mari l'a remis au tiers acquéreur, il est représenté dans son patrimoine par une action en revendication, qui ne passe pas plus à la femme que la propriété de l'immeuble à la dissolution du mariage, mais dont elle peut également obtenir le transfert par préférence aux autres créanciers, qu'elle peut donc exercer, en vertu de cette cession, non pas en qualité de propriétaire, mais en qualité de créancière privilégiée se payant sur un bien du débiteur à l'exclusion des créanciers ordinaires[2].

§ 3. — Époque de Justinien.

Le régime que nous venons d'exposer subsista dans ses grands traits jusqu'à Justinien. On peut, quant aux modes de constitution de dot, rappeler que la simple convention de doter fut rendue obligatoire par Théodose II (p. 619, n. 3). Mais ni les pouvoirs du mari, ni, sauf les peines pécuniaires établies par le même Théodose II contre l'époux auquel le divorce était imputable[3], les règles de la restitution ne furent modifiés[4].

1. *C.*, 7, 74, *De privilegio dotis*, 1.

2. C'est l'explication de la revendication donnée à la femme, par exemple, *D.*, 31, *De leg.*, *II*, 77, 5. Il est même à croire que, comme en matière de cession de créance (p. 747), la femme devait ici recevoir la revendication comme *actio utilis* quand elle ne l'avait pas comme *actio mandata*.

3. Cette constitution rendue en 449 par Théodose et Valentinien, *C.*, 5, 17, *De repudiis et jud. de moribus sublato*, 8, ne touche pas le divorce par consentement mutuel, mais elle décide, pour le cas de dissolution par la volonté de l'un des conjoints, d'après le texte du Code, que le conjoint qui divorce sans motif ou qui a donné à l'autre de justes motifs de divorcer perd, au profit de l'autre, à la fois la dot et la donation *propter nuptias*. Pourtant, d'après la version plus circonstanciée du livre syro-romain, la constitution de Théodose II ne faisait perdre à la femme en faute que la *donatio propter nuptias* (R II, 44 ; cf. L 29) et ce fut seulement Léon qui lui fit perdre à la fois la dot et la donation (R II, 51 ; cf. L 92).

4. Cf. cependant sur certaines tentatives temporaires faites antérieurement,

Cependant ce système avait depuis longtemps perdu ses assises rationnelles. Le principe selon lequel le mari survivant gardait la dot pour la faire parvenir aux enfants du mariage n'avait plus de raison d'être depuis que l'enfant héritait de la mère (p. 862). A l'inverse, celui d'après lequel la femme survivante ou divorcée pouvait réclamer la dot afin de se remarier n'en avait plus depuis que le droit chrétien voyait les seconds mariages avec défaveur. Le second point de vue aurait porté à supprimer l'action *rei uxoriae*, le premier à la généraliser, à dire même que le mari, devant avoir les biens dotaux seulement pendant le mariage, n'avait besoin d'en recevoir que la jouissance et non la propriété. Justinien a suivi cette dernière idée, mais sans la conduire à sa conséquence extrême. Il a généralisé l'obligation de restituer, il l'a renforcée, il a restreint les pouvoirs du mari sur la dot, mais il ne lui en a pas enlevé la propriété.

Le mari acquiert toujours, croyons-nous, la propriété de la dot [1]. Mais une constitution de 530, qui est la meilleure preuve qu'il reste toujours propriétaire, lui a enlevé le droit de l'aliéner, même avec le consentement de la femme, quand elle consiste en un immeuble [2].

En revanche, il doit désormais toujours la rendre. Justinien a, dans la même constitution de 530 [3], généralisé l'obligation de restituer par un procédé singulier. Il a aboli l'action *rei uxoriae* et il a décidé qu'on sous-entendrait toujours une stipulation de restitution au profit de la femme,

sous l'influence du droit grec, pour enlever au mari survivant le profit de la dot, Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, pp. 247-255.

1. Des interprètes de notre ancien droit ont admis et on soutient encore aujourd'hui (v. en particulier Labbé sur Ortolan, 3, pp. 939-944) que le mari n'acquiert plus en principe la propriété, mais seulement la jouissance des biens dotaux depuis une constitution de 529, *C.*, 5, 12, *De J. D.*, 30, dans laquelle Justinien dit que, si la dot appartient au mari dans la subtilité du droit (*secundum legum subtilitatem*), elle est à la femme d'après le droit naturel (*ex naturali jure*) et lui permet en conséquence de réclamer la restitution des biens dotaux existants tant par une action réelle (en revendication) que par une action hypothécaire (p. 979). C'est, dit-on, la preuve que le mari n'a plus désormais sur les biens dotaux qu'un droit d'usufruit, qui lui fait bien acquérir la propriété, d'après les règles du quasi-usufruit, au cas où la dot consiste en argent, en denrées et par conséquent aussi au cas de constitution de dot avec estimation, mais qui, au cas normal de dot consistant en un corps certain, meuble ou immeuble, laisse à la femme la propriété reconnue par le droit naturel et sanctionnée par la revendication. En réalité, la phraséologie de Justinien ne conteste pas plus la propriété juridique du mari que ne font les expressions analogues des jurisconsultes classiques (p. 970, n. 6) et nous avons déjà vu l'action en revendication passer à la femme à la dissolution du mariage sans qu'elle fût propriétaire pendant ce mariage (p. 977, n. 2). Mais la preuve décisive que la femme n'a pas été rendue propriétaire de la dot en 529 est qu'en 530 Justinien a défendu au mari de l'aliéner, même avec le consentement de la femme, quand elle consiste en un immeuble : on n'a pas besoin de défendre à une personne d'aliéner ce qui ne lui appartient pas.

2. *Inst.*, 2, 8, *Quib. al.*, *pr. C.*, 5, 13, *De r. u. act.*, 1, 15 *b*.

3. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 29. *C.*, 5, 13, *De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita*.

qu'il y aurait donc partout une action *ex stipulatu* à laquelle il a seulement attaché les principaux avantages tirés par l'action *rei uxoriae* de son caractère de bonne foi et qu'il qualifie donc du nom d'action de bonne foi. En conséquence il a amalgamé dans cette action hybride les règles de l'action *ex stipulatu* et celles de l'action *rei uxoriae*. *a*) Quant aux cas de restitution, le mari ne garde plus jamais la dot, quelle que soit la cause de dissolution du mariage : elle est toujours rendue par lui ou par ses héritiers[1] ; *b*) quant au moment de la restitution, Justinien a aboli la distinction faite en matière d'action *rei uxoriae*, mais il l'a remplacée par une distinction moins raisonnable entre les immeubles qu'on devra rendre de suite et les meubles pour lesquels on a un délai d'un an ; *c*) quant à son montant, le mari aura toujours le bénéfice de compétence ; mais les rétentions sont abolies ; *d*) l'édit *de alterutro* est supprimé[2] ; *e*) enfin, quant aux sûretés, Justinien avait déjà décidé en 529 que la femme aurait à son gré tant une action en revendication qu'une action hypothécaire privilégiée[3] pour se payer par préférence à tous les créanciers, même hypothécaires, sur certains biens dotaux, sur les biens existants (*si tamen extant*), c'est-à-dire, d'après une opinion, sur tous ceux qui existent matériellement, d'après une autre, sur ceux qui font partie du patrimoine du mari et non sur ceux qu'il a aliénés valablement[4].

1. La dot continue à être restituée au tiers constituant au cas de convention expresse : *C.*, *h. t.*, 1, 13 *b*. Elle continue à être restituée au père de la femme prédécédée, quand c'est une dot profectice et, semble-t-il, quand il a la *patria potestas* : *C.*, *h. t.*, 1, 13 *c*. Elle est aussi toujours restituée au père, *adjecta filiae persona*, quand la femme est en puissance, mais sauf l'obligation mise à la charge du père par la nov. 97, c. 5, de constituer à la fille une dot égale au cas de nouveau mariage. Dans tous les autres cas, elle est rendue à la femme ou à ses héritiers.

2. Epoque : *C.*, *h. t.*, 1, 7 *a*. Suppression de l'édit *de alterutro* : *C.*, *h. t.*, 1, 3 *a*. Bénéfice de compétence : *C.*, *h. t.*, 1, 7. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 37. Suppression des rétentions : *C.*, *h. t.*, 1, 5. Seulement Justinien remarque, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 37, que les impenses nécessaires diminuent la dot de plein droit et, pour les impenses utiles, il donne au moins, contre la femme, l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum*, suivant qu'elle a ou non consenti aux dépenses.

3. *C.*, 5, 12, *De J. D.*, 30. Le langage ambigu de Justinien a provoqué de nombreuses incertitudes. On a soutenu, notamment dans la doctrine où la femme reste propriétaire de la dot pendant le mariage, mais aussi en dehors d'elle, qu'il donnait à la femme uniquement une revendication. On a soutenu qu'il lui donnait une action hypothécaire. A notre sens, il lui donne le choix entre une *vindicatio* qui lui est cédée à titre utile après la dissolution du mariage, comme cela avait déjà lieu auparavant pour l'immeuble dotal italique, et une action hypothécaire, qui est indispensable pour la faire passer avant les créanciers hypothécaires du mari. V. les renvois dans Windscheid, 2, § 503, n. 4.

4. Dans la première doctrine, la femme pourra intenter les deux actions, même contre les tiers acquéreurs de biens que le mari a le droit d'aliéner parce que ce sont des meubles, ou des choses qui se consomment par le premier usage, ou même, en 529, des immeubles qu'il aliène avec le consentement de la femme. Dans la seconde, elle ne peut les intenter que quant aux biens que le mari n'a pas aliénés ou n'a pas aliénés valablement. Mais elle peut méconnaître sur tous l'aliénation partielle résultant de l'hypothèque. Les biens dotaux quelconques ne peuvent désormais être hypothéqués au préjudice de l'hypothèque de la femme.

La constitution de 530, en même temps qu'elle a enlevé au mari le droit d'aliéner les immeubles dotaux, même avec le consentement de la femme, a donné à celle-ci sur les autres biens du mari une hypothèque légale, prenant date du jour du mariage[1], et une nouvelle constitution de l'an 531 l'a transformée en hypothèque privilégiée primant sur tous les biens du mari toutes les autres hypothèques existant de son chef, même celles antérieures au mariage[2].

SECTION II. — Donations *propter nuptias*.

La donation *ante nuptias*, devenue sous Justinien la donation *propter nuptias*, était, dit-il, inconnue aux anciens jurisconsultes et a été réglée par des constitutions impériales[3]. Elle tire pourtant son origine d'un usage répandu dans toute l'antiquité, de l'usage des présents faits avant le mariage par le mari à la femme[4]. Mais ces présents ont commencé par être soumis au droit commun des donations. A l'époque où la donation *ante nuptias* est devenue, particulièrement dans la partie orientale de l'empire, une institution distincte, elle apparaît surtout comme destinée à garantir les intérêts de la femme au cas de divorce imputable au mari ou de prédécès de celui-ci : en effet, elle était faite d'ordinaire par une promesse que le mari n'exécutait pas pendant le mariage[5] et qu'il

1. *C.*, 5, 13, *de r. u. act.*, 1, 1 *b* (1). Quel que soit le sens des mots *si tamen extant*, il était possible que la femme créancière de la restitution de sa dot ne pût en être payée sur les biens dotaux, ainsi quand ces biens avaient péri par la faute du mari, quand la dot consistait en argent, etc. Or, sur les autres biens du mari, la femme n'avait jusqu'alors qu'un *privilegium inter personales actiones* qui ne l'empêcherait pas d'être primée par les créanciers hypothécaires du mari. La constitution de 530 lui a donné, même pour les créances dotales nées pendant le mariage, une hypothèque prenant rang du jour du mariage, à l'aide de laquelle elle se paiera sur les biens du mari à l'encontre de tous les créanciers hypothécaires et de tous les tiers acquéreurs postérieurs au mariage. Cette hypothèque datant du mariage même pour des créances postérieures était, a-t-on dit, la ruine du crédit des hommes mariés. Cf. C. civ., art. 2135, 2°.

2. *C.*, 8, 17 (18), *Qui pot.*, 12. C'est la célèbre constitution *Adsiduis*, qui ruinait, a-t-on dit, le crédit des célibataires après celui des hommes mariés.

3. *Inst.*, 2, 7, *De don.*, 3. *C.*, 5, 3, *De donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis*. Cf. Esmein, *Mélanges*, pp. 58-70 ; Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, pp. 256-312. *Grundzüge*, pp. 224-226 ; Monnier, *Mélanges Gérardin*, 1907, p. 446 et ss. ; Collinet, *Etudes historiques*, pp. 145-152.

4. Cf. sur cet usage, qui est lui-même une survivance du régime où la femme était achetée par le mari, les nombreux renvois de Mitteis, pp. 265-289. Ajoutez pour le droit celtique. Collinet, *Revue celtique*, 1896, pp. 320-329 ; d'Arbois de Jubainville, *La famille celtique*, 1905, pp. 113-145.

5. Anciennement le mari réalisait la donation avant la constitution de dot et la femme lui en retransférait le montant dans la dot qu'elle augmentait d'autant : *C.*, *h. t.*, 1 ; 14, et encore en 439, *C.*, 5, 9, *De sec. nupt.*, 5, 1. Plus tard l'usage d'une simple promesse réalisée seulement après la dissolution du mariage résulte notamment de la constitution dans laquelle Justinien permet, par exception, à la femme d'en exiger le paiement pendant le mariage, au cas d'insolvabilité du mari (p. 981, n. 3). Cf. Esmein, pp. 66-68.

était aussi dispensé tant par les arrangements privés que par le jeu du droit positif d'exécuter à sa dissolution quand il y avait eu prédécès de la femme ou divorce imputable à celle-ci, mais dont l'exécution pouvait être poursuivie contre lui et ses héritiers, au cas où la dissolution du mariage lui était imputable ou avait été produite par sa mort[1].

Dès avant Justinien, cette donation faite par le mari à la femme avait été mise dans une certaine symétrie avec la dot apportée par la femme au mari[2]. Mais Justinien a beaucoup accentué l'assimilation. Ainsi, dans le droit de son temps, la donation peut être augmentée ou constituée pendant le mariage, d'où le nom nouveau de donation *propter nuptias* ; elle doit nécessairement avoir le même montant que la dot ; les biens qui la composent sont, pendant le mariage, inaliénables dans la même mesure que les biens dotaux et leur restitution après le mariage est également assurée par une hypothèque[3].

1. C'était le résultat auquel aboutissait déjà pour le cas de dissolution par décès l'usage consistant à retransférer au mari à titre de dot les biens reçus de lui comme donation à cause de mariage (p. 980, n. 5). Il a été, en dehors de là, assuré législativement par Théodose II, pour le cas de divorce, selon la constitution du Code d'après laquelle la donation *ante nuptias* est perdue par l'époux coupable (p. 977, n. 3) et pour les deux, selon le témoignage du livre syro-romain, R II, 44, rapportant à ce sujet une constitution de Théodose II ignorée. Cf. sur cette constitution et sur la modification postérieure de Léon, Mitteis, pp. 308-309.

2. On peut citer, outre les constitutions précitées de Théodose II et de Léon, une autre constitution de Léon, de 468, portant que, sur la donation *ante nuptias*, la femme survivante prendrait une portion égale à celle que le mari survivant eût gardée sur la dot (*C.*, 5, 14, *De pact. conv.*, 9) ; des constitutions obligeant le père du mari à faire cette donation quand le père de la femme l'est à la doter (*C.*, 5, 11, *De dot. prom.*, 7, 2), une constitution de Justin permettant de l'augmenter et même de la constituer pendant le mariage (*C.*, *h. t.*, 19).

3. Constitution pendant le mariage : Justinien après Justin, *C.*, *h. t.*, 20. Montant égal à celui de la dot : Nov. 97, c. 1. Inaliénabilité des immeubles : Nov. 61. Hypothèque (non privilégiée) sur les biens du mari : *C.*, 8, 17 (18), *Qui pot.*, 12, 8 (2). De plus, la femme peut en réclamer la restitution anticipée comme celle de la dot au cas où le mari devient insolvable (*C.*, 5, 12, *De J. D.*, 29) et cette donation est, comme la constitution de dot, dispensée de l'insinuation (Nov. 119, c. 1 ; précédents : p. 957, n. 1).

LIVRE IV

PROCÉDURE CIVILE

Dans notre droit moderne, la procédure civile tend à faire reconnaître le droit d'un plaideur contre un autre par un juge qui est un fonctionnaire public, et c'est à peu près le caractère de la procédure civile romaine[1], dans la plus récente de ses formes, à l'époque de la procédure extraordinaire. Le caractère est déjà fort différent dans la procédure formulaire où l'affaire est tranchée par un simple particulier, par un juré, que le magistrat saisit à l'aide de la délivrance d'un petit programme écrit lui traçant sa tâche (*formula*). Il l'est encore plus dans la procédure des Actions de la loi où l'instance est aussi de bonne heure déférée à un juré, mais où, au lieu d'être liée par une délivrance de formule, elle l'est par des paroles solennelles, le plus souvent accompagnées de gestes sacramentels, que les parties prononcent devant le magistrat. Mais la plus ancienne procédure des Actions de la loi est elle-même le produit d'un développement historique. Le point de départ infiniment plus lointain, l'origine de la procédure civile est dans l'habitude de se faire justice, de s'assurer à soi-même selon ses forces et à son gré la satisfaction du droit qu'on estime avoir, la réparation du tort qu'on juge avoir subi, par conséquent dans une notion très voisine de l'idée de vengeance, dans une notion dont l'idée de vengeance que nous avons trouvée à la source du système des délits n'est guère qu'un aspect.

Ce régime s'est toujours maintenu à Rome, en droit public, pour les droits de l'État. L'État romain se fait justice à lui-même, à toutes les époques, en face des particuliers avec lesquels il est en rapport d'inté-

1. Les deux principaux traités de procédure civile romaine, tous deux un peu anciens, sont celui de Bethmann Hollweg, *Der römische Civilprozess*, 3 vol. : 1, *Legis actiones*, 1864 ; 2, *Formulae*, 1865 ; 3, *Cognitiones*, 1866, et celui plus bref de Keller, *Der römische Civilprocess und die Actionen*, 6e éd., 1883 (traduction française par Capmas, 1870 ; la 6e édition allemande est préférable à cause des additions placées dans les notes par M. Wach). Beaucoup de points se rattachant à l'histoire de la procédure sont étudiés dans Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 2 vol., 1871-1873. La matière est une de celles qui demanderaient le plus une revision d'ensemble.

rêts[1]. Et cela pour un motif très simple : parce qu'il n'a besoin de personne pour se faire rendre justice, d'une part, et que, d'autre part, il n'y a personne au-dessus de lui pour l'empêcher de se faire justice sans qu'on la lui ait rendue. Il n'y a pas au-dessus de lui d'autorité devant laquelle il puisse être intéressé ou obligé à intenter un procès.

Au contraire cette autorité supérieure existe au-dessus des particuliers. Et avec le temps elle s'est chargée de leur rendre la justice que leur faiblesse les empêcherait de se faire eux-mêmes comme d'ailleurs elle en est venue à leur défendre de se la faire.

Le second but n'a été visé à Rome que longtemps après le moment où s'ouvre l'histoire du droit romain, par un mouvement qui a commencé tard et qui ne s'est peut-être jamais entièrement achevé, par des dispositions législatives rendues à partir de la fin de la République qui ont non seulement permis, mais commandé de demander justice aux tribunaux, qui ont frappé celui qui usait de la force pour réaliser son droit de peines criminelles et même de peines civiles telles que la perte de la créance (*decretum Marci*) ou la perte de la propriété[2].

1. En face des Etats étrangers, c'est d'évidence et cela n'a même guère changé depuis. Si l'Etat se juge offensé et s'il n'obtient pas satisfaction, il fait la guerre (cf. Gaius, 3, 94). Mais c'est également vrai dans les rapports de l'Etat romain et des particuliers. La question de savoir si les rapports de l'Etat avec les particuliers étaient régis à Rome par la procédure ordinaire a été plus discutée jadis qu'elle ne l'est aujourd'hui. A Rome, on ne plaide pas contre l'Etat. Tout magistrat ayant qualité peut procéder, de son autorité, en face des tiers, aux actes qui donneraient lieu à un procès entre particuliers, par exemple le censeur reprendra lui-même sans procès les choses appartenant à l'Etat ; le questeur recouvrera sans procès les créances de l'Etat de ses débiteurs. Il est vrai que le magistrat examinera les faits en cas de contestation, mais comme un honnête homme pèsesait la justice d'un acte licite avant de le faire. La preuve qu'il n'y a pas là procédure civile ordinaire, c'est que le magistrat qui fera cet examen est celui que l'affaire concerne au point de vue exécutif et non pas celui qu'elle concernerait au point de vue judiciaire. Cf. Heyrowski, *Rechtliche Grundlage der Leges contractus*, 1881, pp. 62-74 ; Mommsen, *Droit public*, 1, pp. 193-212, et en sens contraire Goeppert, *Z. R. G.*, 4, 1864, pp. 254-262.

2. Le droit de se faire justice était resté intact durant toute la République où son exercice n'était puni ni de peines publiques, ni de peines privées. Au contraire la loi Julia *de vi publica et privata* qui est, croyons-nous, d'Auguste (p. 315, n. 2), punit de peines publiques celui qui use de violence pour réaliser son droit (*D.*, 48, 7, *Ad leg. Jul. de vi priv.*, 5 ; 8. Paul, *Sent.*, 5, 26, 4). Puis, sous l'Empire, une constitution de Marc-Aurèle (*decretum Marci*) a puni de la perte de sa créance le créancier qui, même sans violence, se paie sur les biens de son débiteur (versions un peu divergentes, *D.*, 48, 7, *Ad leg. Jul. de vi priv.*, 7, et *D.*, 4, 2, *Q. m. c.*, 13) et plus tard encore une constitution de Valentinien, Théodose et Honorius a puni en l'an 389 de la perte de sa propriété celui qui reprend sa chose de force au possesseur (p. 322, n. 2). Mais ces dispositions se rapportent exclusivement à ce qu'on peut appeler la justice privée agressive, à celle par laquelle on prétend établir un état de fait nouveau conforme à son droit. Elles sont étrangères à la justice privée défensive, par laquelle on repousse les attaques dirigées contre son droit, ainsi par laquelle on défend sa possession contre celui qui la trouble (*C.*, 8, 4, *Unde vi*, 1). En outre, il semble qu'il reste permis de recourir à la force pour réaliser son droit, en cas de force majeure quand la jus-

Le premier résultat a été atteint plus vite ; mais il ne l'a pas été sans transition. Comme en matière de délits, il y a eu une évolution. Longtemps avant de supprimer le droit de se faire justice, le groupe social, la collectivité, ayant la coutume pour organe, a établi pour lui des formes réglées lui donnant une sécurité et une efficacité propres. Seulement ces formes n'ont pas été immédiatement des formes judiciaires ; ces procédures ont commencé, probablement partout, par être des procédures sans procès. Elles se résumaient dans des rites par lesquels le particulier dont le droit était méconnu en poursuivait la réalisation, en s'exposant souvent à un dommage sérieux, quand il les employait sans droit[1], mais en se ménageant aussi par là des avantages particuliers. On rencontre à Rome et ailleurs bien des types de pareilles procédures[2]. Mais toutes avaient l'aptitude à devenir des procédures judiciaires au sens large, à conduire à de véritables procès par la position d'une question qu'elles soulevaient toutes : la question de savoir si elles étaient faites à tort ou à bon droit. Elles étaie t elles sont restées des procédures rigoureusement extrajudiciaires, tant que cette question n'a pu y être posée. Elles sont devenues des modes de plaider, des procédures avec procès, dès qu'elle a pu l'être, comme c'est arrivé pour celles d'où sont sorties les plus anciennes Actions de la loi romaine[3].

tice régulière n'arriverait pas à temps ; il semble bien par exemple qu'un créancier peut, malgré le *Decretum Marci*, s'emparer de ce qui lui est dû, quand le débiteur prend la fuite (*D.*, 42, 8, *Quae in fraud.*, 10, 16). L'accord est, d'ailleurs, loin d'être fait sur tous les points. V. outre Windscheid, 1, § 123, et Dernburg-Sokolowski, § 112, O. Wendt, *Das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung*, 1883, et Von Thur, *Der Nothstand im Civilrecht*, 1888.

1. Celui qui a usé à tort de la procédure privée est par exemple très fréquemment frappé de la même peine qu'elle entraîne pour celui contre qui elle est dirigée à bon droit. Cette idée a presque entièrement disparu à Rome ; mais elle apparaît très nettement dans la procédure germanique (Sohm, *Procédure de la loi salique*, tr. fr., 1873, pp. 4.21.210), et le souvenir en vit aussi dans les superstitions populaires.

2. On pourrait, à la rigueur, citer, en droit romain, comme ailleurs, les formes de publicité dont doit s'entourer celui qui procède à une vengeance licite, par exemple contre le voleur pris sur le coup (XII Tables, 8, 13 ; cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 78-80). On peut citer plus précisément la procédure de recherche de la chose volée, à Rome de perquisition *lance licioque*, qui fait sans juge ni procès réputer voleur manifeste celui chez qui on trouve la chose (p. 415, n. 4) ; puis aussi les procédures de *manus injectio* et de *pignoris capio*, qui ont pu servir à saisir des gages et des débiteurs avant qu'on ne greffât sur elles aucun débat judiciaire, aucun concours de l'autorité ; peut-être même les affirmations sur lesquelles se greffe le *sacramentum* et qui ont pu commencer par être des affirmations extrajudiciaires destinées à assurer la certitude du droit ; ailleurs par exemple cette procédure de jeûne du créancier à la porte du débiteur qu'on rencontre à la fois en droit celtique, en droit hindou e en droit persan (cf. Sumner Maine, *Etude sur l'hist. des inst. primitives*, tr. fr., 1880, pp. 367-378).

3. Ainsi l'évolution s'est faite à Rome pour la *pignoris capio* sur laquelle peut se greffer un procès (p. 983, n. 1), pour la *manus injectio* et pour le *sacramentum* qui non seulement peuvent donner lieu à procès, mais doivent se passer devant le magistrat. Au contraire, jusqu'à l'introduction de la procédure formulaire, il

TITRE PREMIER

PROCÉDURE DES ACTIONS DE LA LOI

SECTION I. — Caractères généraux.

Gaius, dont les Institutes sont la principale source pour l'étude des Actions de la loi[1], nous apprend qu'il y en avait cinq: le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio* et la *pignoris capio*[2]. Mais il nous apprend en même temps qu'elles présentaient toutes cinq certains traits communs. C'étaient des procédures établies par une loi positive, des procédures légales; car il dit que leur nom venait, d'après une des explications qu'on en donnait, de ce qu'elles ne pouvaient être intentées qu'en vertu d'une loi expresse[3]. C'étaient des procédures soumises à des formes arrêtées, des procédures formalistes; car il dit que, d'après une autre interprétation, leur nom venait de ce qu'on devait à peine de nullité y employer les termes mêmes de la loi[4]. Enfin, à la

n'y a eu ni concours de l'autorité, ni procès possible, non seulement au cas où le voleur est pris en flagrant délit, mais à celui où la perquisition *lance licioque* a fait trouver la chose sur une personne, tandis qu'ailleurs cette procédure de recherche de la chose volée a été le pont qui a conduit à la procédure judiciaire de revendication.

1. Gaius, 4, 11-32. Cf. outre les ouvrages cités, p. 982, n. 1, Karlowa, *Der römische Civilprocess zur Zeit de Legisaktionen*, 1872. Girard, *Org. judiciaire*, 1, pp. 15-20. 38-45. 56-104. 167-252. La procédure des Actions de la loi sur laquelle Gaius est complété par beaucoup de textes juridiques, littéraires, épigraphiques, est en outre celle qu'il peut être le plus utile de rapprocher des procédures archaïques suivies dans d'autres milieux. Nous renverrons en particulier, pour la procédure germanique, à M. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1, éd. 2, §§ 20 à 24; 2, § 97 et ss.; pour l'ancienne procédure orale française au travail du même auteur reproduit dans ses *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*, 1894, pp. 260-289 (trad. libre *R. crit. de législation*, 38, 1871-1872); pour l'ancienne procédure hindoue à M. Kohler, *Altindisches Prozessrecht*, 1891, et à un point de vue d'ensemble au livre de la procédure de l'ouvrage de Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 2, 1895, pp. 452-586. On trouvera aussi beaucoup d'informations utiles dans les *Etudes d'histoire du droit* de M. Dareste.

2. Gaius, 4, 12: *Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem*.

3. Gaius, 4, 11: *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant* (*quippe tunc edicta praetorum, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur*).

4. Gaius, 4, 11 (suite): *Vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant*

différence de beaucoup d'autres procédures formalistes et même légales, c'étaient des procédures judiciaires, non seulement des procédures aboutissant à un procès en cas de contestation, mais, sauf une exception, des procédures se déroulant contradictoirement en présence de l'autorité judiciaire, car il nous dit ailleurs qu'on discutait si la *pignoris capio* pouvait être classée parmi elles, quoiqu'elle pût avoir lieu un jour quelconque, hors de la présence de l'adversaire et du magistrat[1].

Etant des procédures légales, les Actions de la loi ne peuvent être employées, pour faire valoir les divers droits qu'elles sanctionnent, qu'en vertu d'une loi expresse (*nulla legis actio sine lege*). Cela ne veut pas dire qu'elles aient été créées à un jour donné par l'arbitraire de l'auteur d'une loi positive. Sauf la *condictio* et tout au plus la *judicis postulatio*, qui sont les plus récentes, elles sont le produit d'un développement coutumier antérieur aux XII Tables qui paraît s'être étendu à tout le Latium et même au delà[2]. Mais ces pratiques traditionnelles, ces *actiones* coutumières ont été sanctionnées législativement par les XII Tables, qui en ont fait des pratiques légales, des *legis actiones*.

D'autre part, étant des procédures formalistes, elles impliquent l'emploi de formes sacramentelles requises à peine de nullité, en particulier de termes solennels qui reproduisent ceux mêmes de la loi accordant l'action. Seulement ici encore, il n'y a pas eu pure création des XII Tables. Dès auparavant, la coutume avait établi, par un phénomène qui n'est pas du tout restreint à Rome, ni aux Italiotes, qu'on retrouve dans le droit germanique et dans l'ancienne procédure orale française, le

et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. V. aussi Gaius, 4, 29 (p. 986, n. 1).

1. Gaius, 4, 29 : *Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse ; quibusdam autem contra placebat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud praetorem praesente adversario, praeterea quod nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere pignus capi poterat.* La *pignoris capio* est, d'après Gaius, la seule procédure se passant hors de la présence du magistrat qu'on ait désignée du nom de *legis actio*. Mais ce n'était pas, en tout cas, la seule procédure extrajudiciaire d'alors. On peut citer, outre la perquisition *lance licioque* (p. 415, n. 4), la *nuntiatio operis novi* (p. 262, n. 6) qui paraît, avant d'être réglée par l'édit, avoir été connue de l'ancien droit civil (cf. Bekker, *Aktionen*, 1, pp. 46-49 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 471-479) et peut-être la procédure suivie en matière de *damnum infectum* avant l'introduction de la stipulation prétorienne (p. 1014, n. 2). Cf. Wlassak, *Processgesetze*, 1, 1888, pp. 249-250. 258 et ss.

2. Les *legis actiones* en général, et en particulier la *manus injectio*, sont connues d'après des textes positifs non seulement des lois latines (inscription de Luceria, *Textes*, p. 25 ; table de Salpensa, c. 28, *Textes*, p. 112), mais de la loi osque de la ville fédérée de Bantia en Lucanie, lignes 24-25 (*Textes*, p. 29). Un sarcophage étrusque de Corneto décrit par M. Helbig, *Bull. dell' inst. di corr. arch.*, 1866, pp. 90-91, représenterait, d'après cet auteur suivi par M. Voigt, *XII Tafeln*, 1883, 1, p. 617, une *manus injectio* et représente plutôt, à notre avis, une *vindicatio in servitutem*. V. *Org. jud.*, 1, p. 283, n. 1.

rituel qu'il fallait observer, les mots qu'il fallait dire, les gestes qu'il fallait faire pour exercer son droit et on n'a fait que préciser ce qui existait déjà en déduisant des XII Tables les formules calquées sur leurs termes mêmes (*ipsarum legum verbis accomodatae*), à la prononciation régulière desquelles était subordonné l'effet de l'action [1].

Mais, outre le caractère légal et le caractère formaliste qu'implique leur nom même, les Actions de la loi sont des procédures judiciaires. Elles ne peuvent pas seulement toutes aboutir à un procès, comme le peuvent à Rome et ailleurs certaines procédures extrajudiciaires ; à l'exception de la *pignoris capio*, elles sont rigoureusement judiciaires en ce sens qu'elles s'accomplissent non seulement en présence de l'adversaire, mais en présence d'une autorité judiciaire, même, dès une époque reculée, en présence de deux autorités judiciaires dont l'une assiste à l'organisation de l'instance et l'autre tranche le débat. C'est le point sur lequel il faut le plus insister.

I. Procédure *in jure*. Magistrats, temps, lieu, formes. — Sauf la *pignoris capio*, la *legis actio* doit s'accomplir entre les deux parties intéressées, en présence du magistrat, au jour de ses audiences et, peut-on ajouter, au lieu de ses audiences.

Elle requiert la présence des deux parties : l'effet poursuivi par le demandeur ne peut être obtenu qu'à condition que le défendeur témoin de son activité lui réponde par une adhésion ou ne lui réponde pas par une autre activité. Chacun a son rôle personnel à jouer. Et en conséquence : 1° ni l'un ni l'autre ne peut dans ce rôle être en principe représenté par un tiers (*nemo alieno nomine lege agere potest*) [2]; 2° il n'y a pas de procédure par défaut de possible : la *legis actio* ne peut s'accomplir utilement qu'en face de l'adversaire [3].

Mais elle ne peut être accomplie par les parties qu'en justice. A la différence de ce qu'on trouve ailleurs et de ce qui peut même avoir anciennement existé pour les futures *legis actiones* romaines, le demandeur ne peut pas procéder à la *legis actio* avec le défendeur partout où

1. D'après les gloses malbergiques, celui qui réclamait un taureau devait, semble-t-il, l'appeler non pas de son nom vulgaire, mais de sa dénomination légale de chef du troupeau, et, dans l'ancienne procédure française, les parties devaient prononcer sans interruption ni variante des discours arrêtés ; à Rome, celui qui se plaignait par l'ancienne action *de arboribus succisis* (p. 439, n. 2) qu'on eût coupé ses vignes devait dire avec la loi *arbores* et non *vites*. Gaius, 4, 11, rapporte qu'un plaideur qui avait dit *vites* au lieu d'*arbores* perdit son procès, comme aurait pu le perdre, sous la loi salique, celui qui aurait dit taureau au lieu de chef du troupeau ou sous l'ancienne procédure française celui qui aurait par mégarde ou par un vice de prononciation dit un mot pour un autre. V. Sohm, *Procédure de la loi salique*, tr. fr., 1873, pp. 162-172 (cf. pourtant Brunner, *Deutsche Rechtsgesch.*, 1, éd. 2, p. 433, n. 28) ; Brunner, *Forschungen*, pp. 266-272.

2. Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 123, *pr.* Gaius, 4, 82.

3. Gaius, 4, 29 (p. 986, n. 1) : *Praesente adversario*.

il le trouve. Il faut qu'ils y procèdent *in jure*, devant le magistrat compétent, au jour et au lieu de ses audiences. Par conséquent, si le jeu même de la procédure ne doit pas avoir pour résultat de les y mener[1], il a le droit d'y faire venir le défendeur dans une forme qui est à notre époque celle de l'*in jus vocatio*[2], en le sommant de le suivre de suite et en l'emmenant de force s'il résiste, à moins qu'il ne fournisse un garant (*vindex*)[3]. Quant au magistrat devant lequel il procurera ainsi sa comparution et il pourrait même se l'assurer à nouveau par des cautions (*vades, vadimonium*)[4], si l'affaire ne finissait pas le jour même, il varie selon les temps.

La *juris dictio*, le droit de concourir aux *legis actiones*[5], appartenait,

1. C'est, croyons-nous, ce qui se produit dans la *legis actio per manus injectionem* où l'*in jus vocatio* ne paraît pas un acte original distinct. Cf. p. 998, n. 2.

2. XII Tables, 1, 1-3. Celui qui veut intenter un procès à un autre s'arrange pour le trouver hors de chez lui et le somme de le suivre devant le magistrat. Alors le sommé est obligé de suivre l'auteur de la sommation. S'il résiste, le demandeur prend les assistants à témoins (*ni it, antestamino*), puis il le saisit (*igitur em capito*) et il l'entraîne de force au cas de résistance (*si calvitur pedemve struit, manum endo jacito*).

3. Le texte des XII Tables qui nous a été transmis ne parle pas de l'intervention du *vindex* et on a soutenu en conséquence que ce procédé n'existait pas encore alors pour soustraire à la nécessité de suivre l'auteur de l'*in jus vocatio*. V. Demelius, *Z. S. St.*, 2, 1881, pp. 1-13. Schlossmann, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 279-288 ; *Z.* de Grünhut, 1905, p. 218. Mais le régime qui fonctionne à l'époque de la procédure formulaire ne peut se comprendre que comme une adaptation d'un régime établi au temps des Actions de la loi. On admet donc généralement que l'intervention du *vindex* remonte à cette époque (et par conséquent qu'il faut lui appliquer les règles de capacité signalées p. 999, n. 1). On discute seulement sur son caractère. Suivant une opinion, il interviendrait comme un représentant judiciaire dont l'existence paraît en désaccord avec les règles des Actions de la loi. Suivant une autre, il arrêterait une véritable *manus injectio* en courant les risques du *vindex* de la *manus injectio*. Suivant celle que nous croyons la meilleure, il devient, par son acte même d'opposition à l'*in jus vocatio*, responsable du défendeur envers le demandeur qu'il doit probablement suivre devant le magistrat et qui a sa personne pour garantie jusqu'à comparution du défendeur ou satisfaction. V. en ce sens Lenel, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 252-254, qui donnait antérieurement au même système une forme un peu différente en supposant une promesse du *vindex* au magistrat (Lenel, *Z. S. St.*, 2, 1881, p. 43 et ss., *Edictum*, 1re éd., p. 54, n. 4, suivi par P. Maria, *Le vindex*, Thèse Paris, 1895, pp. 201-233). Cf. encore *Edictum*, 2e éd., p. 67.

4. Fonction : Gaius, 4, 184. Mode de constitution propre sous les Actions de la loi : p. 762, n. 4. Quant au moyen de contrainte, il est probablement symétrique à celui de l'*in jus vocatio*. De même que le défendeur est traîné de force, s'il ne vient pas, il sera probablement gardé prisonnier, si son retour n'est pas promis dans les formes convenables. On peut invoquer dans ce sens Plaute, *Persa*, 2, 4, 18, et surtout les vraisemblances générales.

5. Les interprètes modernes distinguent après les jurisconsultes de l'Empire, la juridiction gracieuse (*jurisdictio voluntaria, legis actio*), c.-à-d. le droit d'assister à une *legis actio* que les parties accomplissent simplement pour la forme afin d'arriver à un résultat convenu, affranchissement, *in jure cessio*, adoption, émancipation, etc. (v. par ex. *D.*, 1, 16, *De off. procons.*, 2, *pr.* ; 3), et la juridiction contentieuse (*jurisdictio contentiosa* ; v. *D.*, 1, 16, *De off. procons.*, 2, *pr.*), qui est le droit de concourir à de vrais procès, soit en les jugeant soi-même (*judicare*), soit en chargeant quelqu'un de les juger (*judicare jubere* ; v. *D.*, 2,

à l'époque la plus ancienne, au roi entre les mains duquel étaient concentrés tous les pouvoirs. A l'établissement de la République, elle a passé aux consuls investis l'un et l'autre de tous les pouvoirs civils du roi[1]. Plus tard, en 388, à la suite d'un démembrement d'attributions, les consuls n'ont gardé que la juridiction gracieuse (*juris dictio voluntaria*) et ont été dépouillés de la juridiction contentieuse, du droit de concourir aux procès proprement dits, au profit d'un magistrat nouveau, le préteur, qui est désormais le chef de la justice civile, l'autorité judiciaire par excellence et à peu près unique[2]. Il y a bien, à côté de lui, depuis 388, les édiles curules, qui ont peut-être eu dès les temps des Actions de la loi une juridiction limitée, et depuis 512, le préteur pérégrin créé pour les litiges entre citoyens et pérégrins qui a fini par pouvoir assister à la *legis actio*, et il y a aussi, depuis le même temps environ, les gouverneurs dans les provinces ayant à leurs côtés les questeurs pour les fonctions des édiles[3]. Mais, en dehors de la limitation res-

1. *De jurisd.*, 13, *pr.*, cf. loi Rubria, c. 19-23) ; puis, par opposition à la juridiction contentieuse, proprement dite, l'*imperium*, en vertu duquel le magistrat rend des ordres sans organiser d'instance (*missiones in possessionem*, *interdicta*, *restitutiones in integrum*) et en conséquence on oppose à la *jurisdictio* simple l'*imperium mixtum cui jurisdictio inest* (*D.*, 2, 1, *De jurisd.*, 3), duquel on distingue même l'*imperium merum* tout à fait étranger à la juridiction, le *jus gladii*, le droit de haute justice criminelle. Mais celles de ces distinctions qui se rapportent à la juridiction civile sont le produit d'une différenciation historique. La *jurisdictio* est, comme le pouvoir de consulter les auspices, de commander aux armées, d'agir avec le peuple ou le sénat, une conséquence de l'*imperium*, des pouvoirs généraux des magistrats supérieurs. En conséquence, elle appartenait dans son intégralité au roi, tant pour trancher des procès véritables que pour assister à des procès fictifs, et il pouvait aussi bien statuer lui-même que charger autrui de statuer. Au contraire, à la fondation de la République, on a obligé le magistrat à faire statuer le juge et à ne pas statuer lui-même (p. 21, n. 1), ce qui a séparé le pouvoir de *judicare*, qu'il n'a plus, de celui de *judicare jubere*, qui lui reste. Puis, à la création de la préture, on a séparé la *jurisdictio voluntaria* de la *jurisdictio contentiosa*, en laissant seulement la première aux consuls, tandis qu'on faisait passer la seconde au préteur. Enfin la distinction de la *jurisdictio contentiosa* et de l'*imperium mixtum*, plus tard développée surtout pour les magistrats municipaux (p. 1002, n. 3), remonte aussi à la même époque, où la première a été, croyons-nous, seule concédée aux édiles curules. Cf. *Org. jud.*, 1, pp. 173, n. 1, 228, n. 1.

1. Cf. sur la juridiction des consuls (et, pendant le décemvirat, des décemvirs), Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 215.

2. Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 27. Tite-Live, 6, 42. 7, 1. La juridiction gracieuse maintenue aux consuls (Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 116) appartient de même à tous les magistrats supérieurs (cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 217, n. 1).

3. V. pour les édiles curules, Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 26 ; Tite-Live, 6, 42 : leur juridiction civile au temps des Actions de la loi nous semble rendue vraisemblable non par les actions relatives à la vente (p. 575, n. 3), mais en particulier par le *praes* (*sacramenti*) qu'ils reçoivent dans Plaute, *Menaechm.*, 4, 2, 22-28 ; cf. *N. R. H.*, 1893, p. 796, n. 1, et *Org. jud.*, 1, pp. 218-232 ; — pour le préteur pérégrin (créé en 512, et non en 507), Pomponius, *D.*, 1, 2, *De O. J.*, 2, 28 ; cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, pp. 224-226 ; Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 206-218 ; — pour les gouverneurs mis à la tête des provinces depuis la création des prétures de Sicile et de Sardaigne en 527, Mommsen, *Dr. publ.* 3, p. 308, et pour leurs questeurs, Gaius, 1, 6.

treinte venant des édiles, de la limitation restreinte et récente venant du préteur pérégrin, le préteur appelé dorénavant, par opposition à ce dernier, le préteur urbain, est, en principe, le seul magistrat devant lequel la *legis actio* contentieuse puisse être accomplie à Rome et dans l'Italie romaine, comme le gouverneur l'est, en province, à l'époque récente. Ce système avait même pour les plaideurs, qui pouvaient se trouver fort loin du préteur en Italie, du gouverneur en province, des inconvénients auxquels ils ont paré, le préteur en nommant dans certaines localités de l'Italie des *praefecti jure dicundo* qui exerçaient la juridiction par délégation de son autorité [1], les gouverneurs en allant périodiquement, en personne ou par délégué, porter leur tribunal, tenir des assises (*conventus*) dans les principales villes de leur province [2].

Quant au lieu, la *legis actio*, qui, par suite de l'extension du territoire, a fini par pouvoir s'accomplir en Italie, dans les préfectures, et même dans les provinces, devant le gouverneur, qui probablement devait dans le principe s'accomplir à Rome [3], doit s'accomplir publiquement au

1. Festus, v° *Praefecturae*. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 254. 4, pp. 318-320. 6, 2, pp. 194-197, et Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 295-305.

2. Cf. Kornemann, dans Pauly-Wissowa, 4, 1, 1900, v° *Conventus*. Il faut probablement reporter à la même époque une institution qui apparaît tant dans des papyrus égyptiens du temps de l'Empire que dans des textes des Verrines la rattachant au statut définitif donné à la province de Sicile par le consul de l'an 622 P. Rupilius et qui est sans doute aussi ancienne que les assises du gouverneur auxquelles elle se rattache là comme un préliminaire indispensable. C'est le système suivi dans ces provinces et vraisemblablement dans d'autres encore pour la mise en état des affaires portées au moment du *conventus* devant le gouverneur et les jurés qu'il institue. Selon ce système, les procès que le gouverneur organise successivement, au moment des assises, dans un ordre qui est fixé par le sort (*sortiri dicas*), doivent avoir été, un certain temps avant le tirage au sort, en Sicile au moins trente jours auparavant, l'objet d'un acte consistant, d'après les papyrus, dans la présentation faite par le demandeur aux autorités locales d'une demande écrite qui est destinée à être notifiée au défendeur pour le sommer de venir y répondre devant le gouverneur pendant le *conventus* et sans doute à être inscrite au rôle des assises et que les Verrines appellent *dicas scribere*. V. pour la Sicile, Cicéron, *In Verr.*, 2,2,15,37.38.17,42 ; pour l'Egypte, les titres énumérés et classés par M. Mitteis, *Berichte* de Leipzig, 1916, pp. 61-126, dont les uns requièrent la notification à l'adversaire de la citation au *conventus*, les autres une inscription sur un registre appelé κatαχωρισμός, un seul *B. G. U.*, 226 (*Chrestom.*, 50), de l'an 99, à la fois la notification et l'inscription. A la vérité, M. Mitteis, qui avait le premier relevé l'identité des deux mécanismes en considérant le καταχωρισμός, comme le rôle des assises, *Hermes*, 30, 1895, pp. 572-579. 32, 1897, pp. 644-649, a récemment émis des doutes sur la notion de la *dicarum scriptio* (*Z. S. St.*, 29, 1908, p. 470) et nié tout rapport entre le καταχωρισμός et le *conventus* (*Berichte* de Leipzig, pp. 69-76 ; cf. F. Zucker, *Philologus*, 69, 1910, pp. 449-465). Mais, sur le premier point, nous croyons, avec M. Fliniaux, *N. R. H.*, 1909, pp. 535-549, et M. Steinwenter, *Studien zum römischen Versaumnissverfahren*, 1914, pp. 110-113, les doutes susceptibles d'être écartés et, quant au second, lors même que le καταχωρισμός n'aurait aucun rapport même préparatoire avec le rôle du *conventus*, nos actes de citation n'en resteraient pas moins dans un rapport très probable avec la préparation de ce rôle. Cf. Mitteis, *Berichte*, p. 84, et *Grundzüge*, p. 37.

3. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 217, Wlassak, *Processgesetze*, 2, p. 253 et ss.

siège des audiences du magistrat ; ce n'est qu'en matière gracieuse qu'il pourrait y concourir ailleurs ; en matière contentieuse, il doit siéger *pro tribunali*, sur une estrade où est placé son siège curule et qui, pour les magistrats siégeant à Rome, se trouvait anciennement d'ordinaire au *comitium*[1].

Enfin, quant au temps, le magistrat doit siéger en un temps convenable. Non seulement il ne le peut pas la nuit[2], mais il ne le peut pas tous les jours ; il ne peut prononcer les mots sacramentels que la procédure met dans sa bouche (*do, dico, addico*)[3], que certains jours ou à certains moments de certains jours déterminés par un calendrier à la fois religieux, politique et judiciaire qui nous a été transmis seulement par des documents de la fin de la République, mais qui remonte dans ses termes essentiels à la période royale et qui empêche le magistrat de prononcer les termes sacramentels aux moments où le roi, chef unique de la religion, de la justice et de l'administration, était retenu par d'autres soins[4].

Seulement il est nécessaire de bien comprendre le rôle du magistrat. Il ne juge pas. Ce serait presque exagérer de dire qu'il organise l'instance. Il donne simplement par son concours une sorte d'authenticité indispensable aux actes des parties, spécialement à ceux du demandeur. Comme dans la procédure extrajudiciaire, c'est le demandeur qui réalise son droit en accomplissant la *legis actio*, qu'il ne peut, à la vérité, ac-

1. Tribunal, siège curule : Mommsen, *Dr. publ.*, 3, pp. 33-35. A. Pernice, *Z. S. St.*, 16, 1895, pp. 138-142. *Comitium* : Varron, *De l. L.*, 5, 155 ; Aulu-Gelle, 20, 1, 47. Cf. *Org. jud.*, 1, pp. 183-186.

2. Cf. la loi Plaetoria dans Censorinus, *De die nat.*, 24, 3 (Bruns, *Fontes*, 1, p. 45 ; *Org. jud.*, 1, p. 182, n. 2).

3. Varron, *De l. L.*, 6, 30. Macrobe, *Sat.*, 1, 16, 14. Il prononce par ex. probablement le mot *dare* pour donner un juge, le mot *addicere* pour attribuer une chose ou une personne à celui qui la réclame sans rencontrer de contestation, le mot *dicere* pour attribuer les *vindiciae*.

4. Cf. sur cette division des jours Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 426-427, et surtout *C. I. L.*, 1², pp. 289-296. Le calendrier exclut d'abord cinquante à soixante jours marqués de la lettre *N* (*nefas*), où il ne peut y avoir ni comices, ni procès, parce que le roi est retenu par des cérémonies religieuses expiatoires, puis une cinquantaine d'autres jours marqués d'une *N* et d'un *P* accolés, qui sont, croyons-nous, la même chose sauf la différence des fêtes, sauf qu'ils sont consacrés à des fêtes joyeuses au lieu de fêtes tristes, qu'ils sont des *dies nefasti hilares* par opposition aux *dies nefasti tristes* (Festus, v° *Nefasti dies*). Les procès ne sont pas non plus possibles les *dies comitiales*, marqués par la lettre *C*. s'il y a des comices, car le roi, le magistrat, qui interrogeait le peuple au *comitium*, ne pouvait pas en même temps y assister à la *legis actio*. Au contraire, elle pouvait avoir lieu les jours fastes marqués d'un *F* (*fas*), jours judiciaires par excellence, qui étaient une quarantaine et dont la liste fut plusieurs fois accrue. Elle pouvait en outre avoir lieu les jours comitiaux, quand en fait il n'y avait pas de comices ; les deux jours des comices testamentaires, après la fin de ces comices ; un autre jour, après la fin d'une cérémonie (*quando stercus delatum fas*) ; d'autres indiqués par les lettres *F P* (*fasti principio* ?), le matin, avant le commencement d'une cérémonie ; certains autres (*dies intercisi*) désignés par les lettres *E N*, au milieu de la journée, dans l'intervalle laissé libre entre les deux phases d'un sacrifice.

complir qu'une fois à raison du même droit (*bis de eadem re ne sit actio*)[1], mais qui, régulièrement accomplie, lui donne immédiatement la satisfaction qu'il poursuit, si elle ne soulève pas de contestation régulière, et entraîne la liaison d'un procès, quand elle soulève une contestation régulière[2]. Quant au magistrat, son rôle est un rôle d'assistant, sinon purement passif, au moins à peu près mécanique[3]. Il doit être là, prononcer les paroles que la loi lui ordonne de prononcer. Mais c'est à peu près tout. Il ne peut ni accorder l'action, quand la loi ne l'accorde pas, ni, à notre sens, la refuser (*denegare legis actionem*), quand la loi la donne[4], et, s'il y a un procès, ce n'est pas lui qui le juge. Conformé-

1. Nous avons déjà signalé cette règle, p. 698, n. 1. Cf. p. 715. On considère très généralement l'effet extinctif qui en résulte comme étant attaché dès notre époque à la *litis contestatio* qui est représentée par Festus, *Ep.*, v° *Contestari litem* (*contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet : Testes estote*) comme une prise à témoins des assistants et que l'on pense ordinairement avoir eu lieu alors à la fin de la période du *jus* après la nominatinn du juge. Mais cette opinion a été solidement attaquée par M. Wlassak, *Die Litiscontestation in Formularprozess*, 1889, pp. 79-83. 69-77 (en sens contraire, Collinet, *N. R. H.*, 26, 1902, pp. 529-553). D'abord, Verrius Flaccus, qui est la source de Festus et qui vit au temps d'Auguste, parle du droit de son temps, donc du droit de l'époque formulaire. Ensuite il serait illogique de prendre des témoins, seulement après la nomination du juge, pour un acte déjà accompli, accompli depuis trente jours sous le système de la loi Pinaria (p. 989, n. 4). Si, comme il paraît vraisemblable, la prise à témoins existe dès cette époque, elle doit avoir lieu avant la *legis actio* et non après, et ce n'est pas par elle, mais par l'accomplissement de la *legis actio* qu'elle escorte, que le droit est éteint. En tout cas, on remarquera que, tandis que, dans notre droit, c'est le jugement qui empêche les parties de faire un nouveau procès remettant en question la chose jugée, l'effet extinctif est produit ici comme dans beaucoup de législations archaïques, par la solennité même qui lie l'instance, qu'elle soit ou non suivie de jugement.

2. La règle d'après laquelle *confessus pro judicato habetur* (*D.*, 42, 2, *De conf.*, 1) n'est qu'une expression modernisée du système ; dans sa physionomie originale, il n'y a au contraire besoin de jugement qu'au cas de contestation régulière du droit de celui qui agit et l'effet poursuivi est sans cela immédiatement produit tant contre le *confessus* que contre celui qui ne se défend pas *uti oportet*. Cf. Demelius, *Die Confessio im römischen Civilprozess*, 1880, p. 39-110. A. Giffard, *La confessio in jure*. Thèse Paris, 1900, pp. 4-49, P. Collinet, *N. R. H.*, 29, 1905, pp. 170-194 et la réponse de Giffard, *N. R. H.*, 1905, pp. 449-476.

3. Cf. Cicéron, *Pro Mur.*, 12. 26.

4. V. sur les deux points, Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 68-70. 195-198. *Mélanges*, 1, pp. 70-74. 74-76. 114-174 et en sens contraire en dernier lieu Wlassak, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 81-188, 28, 1907, pp. 1-115. Lenel, *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 329-354. Le magistrat n'a pas eu le pouvoir d'accorder des actions que la loi ne donnait pas avant la loi Aebutia, d'après Gaius, 4, 11 (p. 985, n. 3), et cela condamne, à notre sens, tous les systèmes qui admettent l'existence d'action sans fondement légal avant la loi Aebutia, soit sous la forme d'actions prétoriennes (p. 533, n. 4), soit sous la forme d'actions de bonne foi (p. 533, n. 4), soit sous la forme défendue plus récemment d'*arbitria honoraria* un peu indéfinis (Cuq, 1, pp. 169. 225. 285-286, 2, p. 733. Mitteis, 1, pp. 46-53 ; v. *Mélanges*, pp. 153-158), soit sous d'autres formes encore (v. en dernier lieu, Lenel, *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 344-354 et *Mélanges*, pp. 172-174). A l'inverse, la même idée implique, à notre sens, qu'il n'a pas pu jusque-là refuser l'action que donnait la loi. Parmi les textes qu'on a invoqués, en sens contraire, aucun n'est sûrement antérieur à la loi

ment à la division fondamentale qui est le trait essentiel de la procédure régulière des deux premiers systèmes et que la tradition considérait comme ayant été introduite, dans une vue démocratique, par les fondateurs de la République (p. 21, n. 1), qui en tout cas existait déjà sous les XII Tables, l'instance organisée *in jure* devant le magistrat est tranchée *in judicio* par une autorité différente. La tâche du magistrat finit par la nomination du juge faite encore beaucoup plus par les parties que par lui-même.

II. Procédure *in judicio*. Juges, temps, lieu, formes. — L'autorité qui statue *in judicio* est tantôt un collège permanent, tantôt un ou plusieurs jurés constitués pour l'affaire.

Dans certains cas, que nous croyons les plus anciens, l'affaire est déférée à un juré. C'est généralement un juré unique (*unus judex*), appelé, selon la nature de ses attributions, tantôt *judex* et tantôt *arbiter* [1], qui est librement choisi par les parties si elles sont d'accord, qui sans cela est pris sur une liste dont la composition a changé avec les variations politiques, à notre époque celle des sénateurs, mais qui alors est encore désigné par le choix des parties ; car sa nomination est faite à l'aide de propositions du demandeur au défendeur qui continuent jusqu'à ce que le dernier en accepte une [2]. L'affaire est encore déférée à des jurés, probablement nommés d'une façon analogue, dans quelques cas où ils sont nommés en chiffre multiple, ordinairement trois (*tres arbitri*) [3]. Enfin peut-être pouvait-elle, dès le temps des Actions de la loi,

Aebutia. Celui qu'on alléguait autrefois le plus souvent, Val. Max., 7, 7, 3, relatif à une *B. P.* donnée en vertu de la simple cognation à un père naturel contre le testament de son fils sorti de puissance, reporte sans doute à la fin du VII° siècle. Cf. *Mélanges*, pp. 90, n. 2, 139, n. 2. Sur d'autres invoqués plus récemment, également à tort à notre sens, v. *Mélanges*, pp. 139-143.

1. La distinction est déjà faite par les XII tables, 2, 2. 9, 3 et concorde peut-être avec celles des procès en *lites* et en *jurgia* (cf. *Org. jud.*, 1, p. 95, n. 1). Elle tient, à l'époque récente, à l'étendue plus large des pouvoirs donnés à l'arbitre (Festus, v° *Arbiter* : *Arbiter dicitur judex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem* et surtout Cicéron, *Pro Roscio com.*, 4, 10 et ss.). Mais le nom de l'arbitre paraît étymologiquement plutôt désigner un juge qui se transporte sur les lieux du litige, comme le demandait une partie des causes les plus certainement déférées anciennement à des arbitres (v. par ex. n. 3) et le second sens a pu venir des pouvoirs d'appréciation qu'avaient là ces juges. Cf. Eisele, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, 1896, pp. 1-12. — On ne confondra naturellement pas cet arbitre, qui est un juge nommé par le magistrat à la suite de la liaison d'un procès, avec l'*arbiter ex compromisso*, choisi amiablement sans comparution devant le magistrat (pp. 618. 619).

2. Le demandeur *procat judicem*, dit Festus, *fert judicem*, dit Cicéron, et le défendeur l'accepte, *sumit judicem*, ou le rejette, *judicem ejerat*, en jurant qu'il n'en attend pas une bonne justice. Cf. Festus, v° *Procum* ; Cicéron, *De orat.*, 2, 65, 263. 2, 70, 285, etc. Cicéron, *Pro Cluent.*, 43, 120, dit en conséquence que les anciens Romains n'ont pas voulu que même l'affaire pécuniaire la moins importante fût jugée par un juge que n'auraient pas accepté les deux parties.

3. Les deux cas les plus certains sont ceux des arbitres de l'action *finium re-*

être déférée à des récupérateurs (*recuperatores*), qui sont des jurés multiples tirés au sort en assez grand nombre par le magistrat et ramenés à un chiffre inférieur par des récusations des deux parties[1].

Quant aux collèges, ce sont : 1° les centumvirs (*centumviri*)[2], pris dans les tribus, ou moins probablement élus par elle, qui apparaissent comme un tribunal composé de cent cinq membres, à raison de trois par tribu, ce qui porte à les croire établis seulement après l'élévation du chiffre des tribus à trente-cinq en l'an 513[3], quoiqu'on les fasse parfois remonter jusqu'aux origines de Rome[4]. Ils sont surtout signalés comme statuant en matière de pétitions d'hérédité ; mais il n'est aucunement prouvé que leur compétence fût restreinte à ces affaires ni qu'elle y fût exclusive[5]; 2° les décemvirs *stlitibus* ou *litibus judicandis*, certainement électifs, qui apparaissent aussi comme statuant sur les questions de liberté à la fin de la République[6]; 3° dans certains cas de *manus injectio*,

gundorum (p. 643, n. 3) et des *falsae vindiciae* (p. 343, n. 1). Contre l'admission d'autres cas, v. Wlassak, *Processgesetze*, 2, pp. 285-298.

1. Les récupérateurs sont signalés par Festus, v° *Reciperatio*, comme ayant été introduits pour les procès entre citoyens et pérégrins, et nous ne croyons pas qu'ils aient jamais été saisis, sous les Actions de la loi, de procès entre citoyens ; mais ils peuvent à notre avis avoir statué sur des procès de leur compétence liés par *legis actio*, par ex. en matière de *repetundae*, p. 998, n. 3, par ex. dans les litiges entre citoyens et Latins, p. 112, n. 4, pour lesquels Denys, 6, 95, rapporte les dispositions de l'alliance latine de 261. Leur mode de nomination par *sortitio* et *rejectio* est attesté par ex. par la loi agraire de 643, l. 37 ; v. aussi l'édit sur l'aqueduc de Venafrum, *in fine*, *Textes*, p. 188. Cf. sur eux Wlassak, *Processgesetze*, 2, pp. 298-328. Eisele, *Beiträge*, pp. 37-75. Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 99-104 ; Wenger, dans Pauly-Kroll-Witte, Ia, 1914, pp. 405-434, v° *Reciperatio*.

2. V. pour le dépouillement critique des textes et des systèmes relatifs aux centumvirs Wlassak dans Pauly-Wissowa, 3, 2, 1899, v° *Centumviri*, et O. Martin, *Le tribunal des centumvirs*. Thèse Paris, 1904.

3. Festus, *Ep.*, v° *Centumviralia judicia*.

4. V. contre leur antiquité, *Org. jud.*, 1, p. 23, n. 2. Le premier témoignage que l'on rencontre chronologiquement de l'existence des centumvirs est, comme l'a signalé M. Martin, p. 5, celui relatif au procès soutenu devant eux sur sa condition par C. Hostilius Mancinus, le consul de 617 auteur du traité avec les Numantins, sans doute peu après l'échec de son extradition décidée en 618 (Cicéron, *De or.*, 1, 56, 238 ; cf. 1, 40. 181. 182).

5. V. la p. 914, n. 4, pour la pétition d'hérédité et les textes qui montrent que leur compétence n'y est pas exclusive. Quintilien, *Inst. or.*, 5, 10, 115 : *Alia apud centumviros, alia apud privatum judicem in iisdem quaestionibus ratio*, affirme aussi, dans son sens le plus naturel, la compétence concurrente des centumvirs et de l'*unus judex* dans les mêmes matières. A l'inverse, l'énumération faite par Cicéron, *De or.*, 1, 38, 173, des questions soumises aux centumvirs implique qu'ils statuaient à côté de la pétition d'hérédité, sur tout ou partie des autres actions réelles. A la vérité on a souvent essayé (en dernier lieu M. Jobbé Duval, *N. R. H.*, 1904, pp. 537-577. 1905, pp. 1-48) d'expliquer leur intervention dans toutes ces matières par les questions incidentes liées à la pétition d'hérédité et par sa substitution aux actions particulières (p. 916, n. 2). Mais alors il serait par exemple bien inexplicable que, parmi tous ces exemples d'actions particulières, il n'y en eût pas un seul concernant les actions personnelles.

6. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 4. pp. 314-318. M. Mommsen les fait remonter à l'an 305 de Rome en les identifiant aux *judices decemviri* de Tite-Live, 3, 56. En dehors de cette identification qui nous paraît fausse, ils apparaissent seule-

les triumvirs capitaux [1]. Nous ne croyons pas au contraire que les pontifes aient jamais statué sur des procès privés liés par voie de *legis actio* [2].

Ces autorités pouvaient siéger certains jours où les magistrats ne pouvaient pas le faire ; mais elles ne le pouvaient cependant pas tous les jours : elles ne siégeaient pas en général les jours de jeux ni à l'époque des vendanges et des récoltes, et l'année judiciaire (*rerum actus*) était en conséquence divisée en session d'hiver et session d'été (*menses hiberni, aestivi*) par les grands jeux d'automne et de printemps [3]. Elles siégeaient aussi en public, l'*unus judex* ordinairement au *comitium* ou au *forum* [4]. Mais, à la différence de ce qui se passait *in jure*, le formalisme était à peu près absolument laissé de côté *in judicio*. La procédure par défaut était possible. Si l'un des plaideurs manquait sans excuse légale, on l'attendait jusqu'à midi, et, passé midi, il perdait son procès [5]. Si tous deux comparaissaient, on procédait aux plaidoiries, où l'usage des avocats paraît avoir toujours été admis, et à l'administration des preuves, pour laquelle on ne rencontre aucune règle de droit. Et le juge, soit le jour même, soit après des remises, si l'affaire n'était pas terminée au coucher du soleil où il fallait lever l'audience [6], rendait sa *sententia*, expression de son avis sur la question, par laquelle finissait sa tâche et o t c'était encore au demandeur à poursuivre l'exécution, si le jugement lui était favorable et ne se trouvait pas déjà le satisfaire par sa seule vertu.

SECTION II. — Différentes *legis actiones*.

§ 1. — *Pignoris capio*.

La *pignoris capio* [7] est, dans sa notion la plus large, la faite sans jugement par le créancier d'un objet appartenant au débiteur qui ne le paie pas. C'est là un moyen de contrainte qui vient assez naturellement

ment au début du VII[e] siècle. Cf. Girard, *Mélanges*, 1, p. 76, n. 2. *Org. jud.*, 1, pp. 23, n. 2. 83, n. 2. Procès de liberté : Cicéron, *Pro Caec.*, 33, 97. *De domo*, 29, 78.

1. Plaute, *Persa*, 1, 2, 17-24. Cf. Mommsen, *Droit public*, 4, p. 307, n. 1 et Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 177-178.

2. On a soutenu le contraire sous des formes très variées, plutôt en vertu d'idées préconçues que de textes. L'affaire dans laquelle Cicéron prononça le plaidoyer *De domo* n'était pas un procès civil, mais un procès administratif, où les pontifes ne rendirent même pas un jugement, mais donnèrent seulement un avis au consul. L'allégation, d'ailleurs obscure de Pomponius, *D.*, 1, 2. *De O. J.*, 2, 6, selon laquelle on constituait chaque année un membre du collège des pontifes *qui praeesset privatis*, s'explique par le rôle consultatif des pontifes, lui-même dérivé de causes diverses et en particulier de leur qualité de gardes des anciennes archives de la justice royale (p. 43).

3. Cf. Wlassak, dans Pauly-Wissova, 1, 1893, pp. 332-334.

4. XII Tables, 1, 7 : *In comitio aut in foro*.

5. XII Tables, 1, 8 : *Post meridiem praesenti litem addicito*. Cf. P. Petot, *Le défaut* in judicio *dans la procédure ordinaire romaine*, Thèse Paris, 1912.

6. XII Tables, 1, 9 : *Solis occasus suprema tempestas esto*.

7. Gaius, 4, 26-29. 32. Cf. Paul Collinet, *Etude sur la saisie privée*, Thèse

à l'esprit, qui, en un certain sens, vit toujours dans la conscience populaire et qui a fonctionné plus ou moins largement dans beaucoup de législations peu avancées [1], à peu près partout où l'organisation judiciaire n'a pas encore arrêté l'in tiative du créancier.

A Rome, elle survit au profit de l'État qui, ayant gardé intact le droit de se faire justice, use naturellement de ce moyen de contrainte comme des autres. La *pignoris capio* est un des procédés de coercition employés par les magistrats pour se faire obéir chacun dans la sphère de ses attributions en faisant saisir par leurs appariteurs des objets appartenant à l'auteur de la résistance, qu'on détruisait si la résistance se prolongeait .

Au contraire, au profit des particuliers, cette procédure archaïque est en principe exclue dès le début du droit romain. Elle n'est admise que dans quelques cas exceptionnels où elle s'explique, croyons-nous, non pas comme une survivance de la saisie privée, mais comme une délégation de la saisie publique.

Elle est ainsi accordée : 1° en matière militaire, aux soldats pour leur solde (*aes militare*) et, quand ils sont montés, pour le prix de leur cheval (*aes equestre*) et pour leur indemnité de fourrages (*aes hordearium*) contre les personnes redevables envers l'Etat ; 2° en matière financière, aux publicain fermiers des redevances dues à l'Etat contre les contribuables en retard, en vertu d'une délégation symétrique résultant de leur marché avec les censeurs (*lex censoria*) ; 3° en vertu des XII Tables, en matière religieuse, pour sanctionner deux créances résultant de contrats de vente et de louage intéressant le culte, qui n'étaient pas encore civilement obligatoires [3].

Paris, 1893, pp. 33-78. Sumner Maine, *Etudes sur les inst. primitives*, 1880, pp. 309-378.

1. Cf. Collinet, pp. 7-29. V., en particulier, pp. 21-29, le résumé des travaux de M. d'Arbois de Jubainville, sur le droit irlandais.

2. V. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, pp. 183-184.

3. Gaius, 4, 27-28. Le seul ordre de cas où la délégation ne soit pas évidente par elle-même est le dernier où l'on procède à la *pignoris capio* pour obtenir le paiement d'un prix de vente, quand la chose vendue est un animal destiné à un sacrifice, ou d'un loyer, que l'on compte dépenser en un sacrifice. La délégation peut, à notre sens, venir, non pas comme on a dit parfois, d'un droit de saisie des pontifes qui n'existe pas contre les particuliers, mais d'un droit de saisie du roi, à la fois prêtre et magistrat, qui se serait trouvé éteint au moment de la séparation de ses pouvoirs civils et religieux et qui, précisément pour cela, a été transféré aux particuliers intéressés, par une loi positive, par la loi des XII Tables. Un cas de *pignoris capio* omis par Gaius est signalé en matière de voirie par le sénatus-consulte *de pago Montano*, *Textes*, p. 130, dont la *pignoris capio* mise à côté de la *manus injectio*, ne peut être qu'une *pignoris capio* privée, probablement une *pignoris capio* populaire. La *pignoris capio* accordée sous l'Empire à diverses personnes par la *lex metalli Vipascensis*, *Textes*, p. 119 et ss., est, en un certain sens, un doublet de la *pignoris capio* des publicains ; c'est une délégation de la *pignoris capio* des magistrats ; mais ce n'est pas une *legis actio per pignoris capionem* Sur la doctrine qui admet l'existence d'une *pignoris capio* au cas de *damnum infectum*, v. p. 1014, n. 2.

Celui à qui était déléguée la *pignoris capio* pouvait la faire, comme le délégant, même en dehors du *jus*, en l'absence de l'adversaire, un jour impropre à la justice ; mais il devait, à la différence du magistrat, la faire *certis verbis*, ce qui s'explique aisément, dans l'esprit du temps, par le désir d'empêcher les suspicions, de distinguer un acte licite d'un fait de brigandage [1].

Quant à l'effet, un procès étant possible entre deux particuliers tandis qu'il ne l'était pas entre un particulier et l'État, la *pignoris capio* du particulier, à la différence de celle du magistrat, peut fonder un procès sur le bien fondé de la saisie et le saisissant peut prendre l'initiative de ce procès pour demander le rachat de la chose [2].

§ 2. — *Manus injectio.*

La *manus injectio* [3] est, dans sa notion la plus large, une procédure par laquelle le créancier s'empare de son débiteur devant le magistrat et, s'il n'est pas immédiatement désintéressé ou arrêté par l'intervention d'un tiers appelé *vindex*, l'emmène dans sa maison pour l'y garder prisonnier durant soixante jours, au bout desquels il pourra le mettre à mort ou le vendre comme esclave à l'étranger (*trans Tiberim*). Elle a de bonne heure été considérée comme étant par excellence une procédure d'exécution des jugements [4] et elle est, en même temps qu'une procédure judiciaire, qui s'accomplit devant le magistrat, une procédure qui aboutit à un procès, quand la légitimité de la *manus injectio* est régulièrement contestée par le *vindex*. Mais elle n'a pu servir à exécuter les jugements que depuis qu'il y a eu d'autres *legis actiones* de nature à lui servir de préliminaire : auparavant elle servait à faire valoir des créances qui la produisaient directement, et c'est peut-être celle des Actions de la loi où l'on voit le mieux comment le procès a pu se greffer sur les anciennes procédures sans procès, comment la procédure judiciaire a pu remplacer la procédure extrajudiciaire elle-même dérivée de la pure vengeance.

Non seulement le procès ne peut être lié que par l'intervention du *vindex*, faute de laquelle ni les formes ni les concours du magistrat n'empê-

1. Gaius, 4, 29 (p. 986, n. 1).
2. Cela résulte de Gaius, 4, 32, selon lequel, sous le système formulaire, on donne au publicain une action fictice pour demander la somme par laquelle le saisi serait obligé de racheter le gage (*pignus luere deberet*) s'il y avait eu *pignoris capio*.
3. La *legis actio per manus injectionem* est connue par des documents assez abondants, non seulement par Gaius, 4, 21-25, mais par le texte des XII Tables, 3, 1-6, dont Aulu-Gelle, 20, 1, 42-52, nous a transmis les termes ou l'analyse, et enfin par le c. 61 de la *lex coloniae Genetivae*, *Textes*, p. 90, qui en présente encore une application en l'an 710 et dont le texte est très instructif à rapprocher de celui des XII Tables.
4. C'est déjà le point de vue des XII Tables qui réglaient notamment d'après le commentaire de Gaius et d'après Festus, v° *Reus*, la procédure du *sacramentum* avant la *manus injectio*.

cheront le défendeur de pouvoir être mis à mort ou réduit en esclavage sans avoir eu la possi ilité de se défendre ; mais la présence du magistrat à l'arrestation du débiteur n'est qu'une pièce ajoutée plus ou moins tôt à la procédure pour lui donner le caractère judiciaire, qu'on peut en retrancher par la pensée sans que son enchaînement logique présente de lacune et les gestes et les paroles qui constituent le rituel de l'action ne sont que l'expression fidèle de la conduite de l'homme qui, se jugeant offensé par un autre, s'empare de son ennemi contre lequel par surprise il est généralement le lc fort, mais qui est forcé de s'arrêter, quand il intervient un tiers qui l'attaque de la même façon et qui déplace l'équilibre en les mettant deux contre un.

I. **Formes.** — La procédure de la *manus injectio* comprend, si on la suit jusqu'à ses conséq ences dernières, trois phases : celle de la *legis actio* proprement dite accomplie devant le magistrat ; celle des soixante jours qui suivent ; enfin la phase finale de la mise à mort ou de la réduction en servitude.

1. Elle s'ouvre seulement au bout d'un délai de trente jours depuis l'échéance de la dette, de trente jours après la sentence au cas de jugement[1]. Ce délai expiré, le créancier a le droit de faire la *manus injectio*[2] ; il peut mener le débiteur devant le magistrat[3], en présence duquel il met la main sur lui en prononçant des paroles sacramentelles indiquant le chiffre de la dette, sa cause et le défaut de paiement[4]. A cette articulation, le défendeur ne peut répondre en demandant à prouver que la *manus injectio* est faite à tort. Le demandeur ne peut être arrêté que par deux faits : par le paiement ou par l'intervention du

1. XII Tables, 3, 1 : *Aeris confessis rebusque jure judicatis, XXX dies justi sunto.*
2. XII Tables, 3, 2 : *Post deinde manus injectio esto.* Cette formule se retrouve en termes identiques dans la *lex coloniae Genetivae*, c. 61, et dans l'inscription de Luceria, *Textes*, p. 25. Elle peut donc être considérée comme la formule technique servant à désigner la *legis actio per manus injectionem* par opposition à d'autres cas où l'on a le droit d'user de violence et où la langue juridique emploie d'autres expressions voisines, mais différentes, ainsi au cas de résistance de l'*in jus vocatus* (p. 988, n. 2).
3. XII Tables, 3, 2 (suite) : *In jus ducito.* C'est à tort, croyons-nous, que ce texte a été entendu par le traducteur de Keller d'une *in jus vocatio* en forme. D'une part, la loi aurait dit alors *in jus vocato* et non *in jus ducito.* Ensuite il serait alors inexplicable qu'*in jus ducito* fût après *manus injectio esto.* La loi devrait dire qu'on appellera le défendeur devant le magistrat et qu'on fera la *manus injectio.* Elle dit au contraire qu'on fera la *manus injectio*, mais qu'on devra *in jus ducere* ; car, tandis qu'au cas d'*in jus vocatio* il fallait donner le droit au demandeur d'emmener le défendeur devant le magistrat pour lui faire un procès, ici, le créancier ayant en vertu de sa créance même le droit d'emmener le débiteur, c'est lui qu'on doit forcer à le mener devant le magistrat au lieu de le conduire directement chez lui, comme il faisait peut-être anciennement.
4. Gaius, 4, 21 (pour le cas de jugement) : *Qui agebat sic dicebat : 'Quod tu mihi judicatus (sive 'damnatus') es sestertium decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium judicati manum injicio', et simul aliquam partem corporis ejus prehendebat.*

vindex, que les textes mettent sur la même ligne et qui entraînent donc l'un et l'autre libération définitive du débiteur saisi[1]. Seulement, tandis que le paiement enlève tout droit au créancier, il ne peut évidemment en être de même de l'intervention du *vindex*. Elle doit bien libérer le débiteur et n'obliger personne à sa place, quand la *manus injectio* était faite à tort ; mais, si elle libère le débiteur, elle doit obliger le *vindex*, quand il est intervenu contrairement à la loi. La procédure interrompue avec le débiteur se renouait en effet avec le *vindex*, auquel le créancier pouvait, s'il était intervenu à tort, demander le double de la créance originaire[2], selon des formes mal connues[3] et à un titre discuté, à titre de peine de son intervention injuste, croyons-nous[4].

Si au contraire, il n'y avait ni paiement, ni intervention du *vindex*, le débiteur était emmené par le créancier après une *addictio* du magistrat dont, à la vérité, l'existence est attestée seulement pour une époque postérieure aux XII Tables[5].

2. De là part le délai de soixante jours pendant lequel le débiteur est détenu dans la prison domestique du créancier. Les XII Tables déterminent le poids de ses chaînes, la quantité de nourriture qui doit lui être fournie. Mais il n'est pas esclave, il est toujours à la tête de son patrimoine : il peut se faire porter à manger du dehors ; il peut transiger avec son créancier, tant que le délai n'est pas expiré. D'autre part, une dis-

1. XII Tables, 3, 3 : *Ni judicatum facit aut quis endo eo vindicit, secum ducito. Lex col Gen.*, 61 : *Ni vindicem dabit judicatumve faciet, secum ducito.* En conséquence, le *vindex* doit présenter pécuniairement la même surface que le débiteur qu'il libère : XII Tables, 1, 4. *Lex col. Gen.*, 61.

2. Ce montant de la dette du *vindex* est depuis longtemps admis en vertu d'un argument de raison très probant : les cas où l'on faisait anciennement une *manus injectio* et où par conséquent le créancier ne pouvait voir écarter sa *manus injectio* que par l'intervention du *vindex*, par ex. les cas de jugement (p. 998, n. 1), de *depensum* (p. 774, n. 1), d'action de la loi Aquilia (p. 421, n. 3), sont sous la procédure formulaire des cas où *lis infitiando crescit in duplum* (p. 1021, n. 4) ; c'est évidemment qu'autrefois le *vindex*, qui pouvait seul nier la dette, était aussi condamné au double. Il est, croyons-nous, en dépit de certaines contestations (cf. Maria, *Vindex*, pp. 166-180), établi aujourd'hui par le texte positif de la *lex coloniae Genetivae : Si quis in eo vim faciet ast ejus vincitur, dupli damnas esto.*

3. Nous nous contenterons de dire que c'est un procès qui, comme tous les procès possibles, doit, depuis la division de l'instance en deux phases, être déféré à une autorité différente du magistrat et que nous savons être dans certains cas tranché par les triumvirs capitaux (p. 995, n. 1).

4. On explique souvent plus ou moins explicitement l'obligation du *vindex* par une idée de représentation. Mais c'est un principe que *nemo alieno nomine lege ageret potest* (p. 987, n. 2) ; ici nous aurions au contraire une *legis actio* où l'on ne pourrait *agere* qu'*alieno nomine*. D'autre part, cela n'expliquerait pas l'obligation au double. A notre avis, le *manum depellere* du *vindex* est un acte formel symétrique au *manum injicere* du demandeur, qui, s'il est fait sans droit, constitue un délit. Il plaide en son nom à lui, ce qui écarte l'objection tirée de la représentation, et il plaide sur le point de savoir s'il a commis un délit, ce qui explique la peine du double.

5. *Secum ducito*, disent uniformément la loi des XII Tables et la loi de la colonie Genetiva, sans mentionner l'*addictio* qui existe certainement au temps de la seconde loi, mais peut-être pas à celui de la première.

position des XII Tables, qu'on a depuis longtemps rapprochée de dispositions symétriques de la loi salique, oblige le créancier à le mener, avant la fin du délai, à trois marchés successifs où il proclamera à haute voix la dette et son montant de façon à faire connaître la situation aux tiers disposés à libérer le débiteur [1].

3. Ensuite il peut le mettre à mort ou le vendre comme esclave à l'étranger (*trans Tiberim*). Les XII Tables visent même, par une disposition qu'on a voulu entendre au figuré et dont on retrouve ailleurs l'équivalent très net, le cas où il y a plusieurs créanciers et où ils pourront se partager son cadavre. Quant aux biens du mort ou de l'esclave, ils vont sans doute au créancier, dans le premier cas, aux créanciers dans le second [2].

Mais, dès l'époque la plus ancienne, on ne recourait guère à ces moyens extrêmes, et, sans doute en vertu de l'arrangement fait pendant les soixante jours entre le créancier et le débiteur, on voit de bonne heure la détention temporaire être remplacée par une détention durable prolongée jusqu'à parfait paiement. La loi Poetelia Papiria de 428 (p. 493, n. 2) qui enleva la force exécutoire au *nexum*, enleva aussi aux créanciers le droit de vendre ou de tuer leurs débiteurs, et en même temps, croyons-nous, elle supprima pour la détention le terme de soixante jours [3].

II. Cas de *manus injectio*. — Gaius, en partant du point de vue du droit récent, dans lequel la *manus injectio* faite en exécution d'un jugement était la *manus injectio* par excellence, divise les cas de *manus injectio* en trois catégories : ceux de *manus injectio judicati*, faite en vertu d'un jugement ; ceux de *manus injectio pro judicato*, faite comme s'il y avait jugement [4]; ceux de *manus injectio pura*, permise également sans jugement, mais où le défendeur a la faculté de contester lui-même le bien fondé de l'acte en s'exposant à la peine du double, d'être son propre *vindex* [5]. Mais, sans parler du cas où la *manus injectio* est possible

1. XII Tables, 3, 3. 4. 5 (résumé d'Aulu-Gelle, 20, 1, 46. 47). D'après la loi salique, 58, *De chrene cruda*, le débiteur insolvable du wergeld est présenté par le créancier à quatre plaids successifs, et, si personne ne vient l'y racheter, *de vita sua conponit*.

2. Aulu-Gelle, 20, 1, 47 : *Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant* et, pour le cas de pluralité de créanciers, XII Tables, 3, 6 : *Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*. Cf. sur ce dernier cas, de Ihering, *Scherz und Ernst*, 1885, pp. 232-243 et sur les dispositions parallèles des lois scandinaves, Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 1884, p. 30.

3. En conséquence la loi de la colonie Genetiva parle encore des chaînes : *Jure civili vinctum habeto* ; mais elle ne parle plus ni de la mort ni de l'esclavage.

4. Suivant M. Senn, *Leges perfectae*, 1902, pp. 79-84, ce terme aurait, conformément au sens primitif de *pro*, désigné originairement une *manus injectio* faite en vertu d'un jugement (qui avait contraint à payer ce qu'on répétait). La principale objection contre cette doctrine, qui s'accorde fort bien avec les règles de la loi Publilia (p. 773, n. 4) et de la loi Furia *de sponsu* (p. 771, n. 1), est dans l'inscription de Luceria (p. 1001, n. 2).

5. Gaius, 4, 21-24. M. Mitteis a contesté, *Z. S. St.*, 22, 1901, pp. 114-117, que le

sans jugement, parce que le défendeur à une autre *legis actio* n'a pas contesté régulièrement la demande, a avoué ou ne s'est pas défendu *uti oportet*, la *manus injectio* a probablement été possible en vertu de certaines sources de créances regardées comme évidentes, par exemple du *nexum* ou du legs *per damnationem* [1], avant de l'être en vertu d'un jugement rendu sur d'autres *legis actiones* qui n'existaient pas encore. C'est donc seulement d'un point de vue moderne qu'on peut regarder comme fondant la *manus injectio* à l'imitation du jugement soit le legs *per damnationem* et le *nexum* qui la fondaient avant lui, soit la *confessio in jure* qui la fonde depuis au moins aussi longtempe que lui.

L'idée d'imitation du jugement est plus exacte pour les *manus injectiones pro judicato* que Gaius cite comme ayant été données au *sponsor* contre le débiteur principal par la loi Publilia et au *sponsor* et au *fidepromissor* d'Italie qui ont payé plus que leur part de la dette contre le créancier par la loi Furia *de sponsu* [2].

Quant à la *manus injectio pura*, elle a d'abord été accordée à certains créanciers par des lois isolées, ainsi au débiteur agissant en répétition d'intérêts usuraires indûment payés par une loi Marcia de date incertaine, à l'héritier agissant en répétition de legs supérieurs au taux légal par la loi Furia *testamentaria* de 550-585 [3]. Puis une loi Vallia, qui, étant postérieure à la loi Furia *testamentaria* et antérieure à la loi Aebutia, se

défendeur à la *manus injectio pura* encoure la peine du double, en invoquant à la fois le silence des sources sur ce point et le texte d'Ulpien, *Reg.*, 1, 2, selon lequel l'action de la loi Furia, p. 934, n. 2, est au quadruple dès le principe. Mais Gaius, en indiquant, soit sur les premières *manus injectiones purae*, soit sur la loi Vallia, comme seule différence entre la *manus injectio* ancienne et la nouvelle, qu'on peut dans celle-ci *manum depellere* et *pro se lege agere* tandis que dans l'autre on ne le peut pas et il faut donner un *vindex*, suppose clairement, comme on l'a depuis longtemps admis, que le défendeur est ici son propre *vindex*, tenu comme l'ancien de la peine du double, si la résistance est injustifiée. Quant au langage non pas d'Ulpien, mais du résumé mutilé de ses *regulae*, nous croyons, avec une doctrine bien connue (v. en dernier lieu Senn, pp. 88-98 et les renvois) que le quadruple dont il est question là résulte de la multiplication par deux, dans la *manus injectio* de la loi Furia, du double obtenu par le légataire dans sa *manus injectio ex testamento* (p. 941, n. 1). Ce n'est pas plus surprenant que le langage de Dioclétien appelant au double tout court, *C.*, 3, 35, *De leg Aq.*, 5, l'action de la loi Aquilia qu'il signale dans la const. 4 comme au double *adversus infitiantem*, ou de Gaius appelant au double tout court, 3, 127, l'action *depensi* qu'il signale, 4, 9. 171, comme au double *adversus infitiantem*.

1. *Confessio in jure* (et défaut de défense *uti oportet*) : p. 992, n. 2. *Nexum* : p. 490, n. 1. Legs *per damnationem* : p. 941, n. 1.

2. Gaius, 4, 22. Cf. p. 771, n. 1 ; p. 774, n. 1. Gaius dit que la *manus injectio pro judicato* avait été établie par plusieurs autres lois *ex multis causis*. On peut citer la *manus injectio pro judicato* populaire établie en matière de voirie dans la première moitié du VI[e] siècle à Luceria, sans doute à l'imitation d'une loi romaine (p. 986, n. 2). On ne sait si la *manus injectio* donnée par la loi Aquilia à la victime du *damnum injuria datum* (p. 421, n. 3) et celle établie en matière de voirie par le sénatus-consulte *de pago Montano*, *Textes*, p. 130, étaient des *manus injectiones pro judicato* ou des *manus injectiones purae*.

3. Gaius, 4, 23. Cf. p. 526, n. 6 ; p. 934, n. 2.

place entre le milieu du VI[e] siècle et le premier tiers du VII[e], a transformé en *manus injectiones purae* toutes les *manus injectiones* sauf deux, sauf celles existant au cas de *judicatum* (et sans doute dans les hypothèses assimilées d'aveu et de défaut de défense régulière) et au cas de *depensum*[1]. C'est une atténuation considérable à l'efficacité de la *manus injectio*, mais cela ne supprime pas l'avantage des créances qui en sont munies : le créancier y peut toujours recourir à la *manus injectio* sans procès préalable, à l'exécution sans jugement, tandis que les créanciers qui n'avaient ni *manus injectio*, ni *pignoris capio* devaient, avant de songer à l'exécution, rendre leur titre exécutoire en exerçant une autre *legis actio*.

§ 3. — *Sacramentum*.

Le *sacramentum*, qui est la *legis actio generalis*, celle à laquelle le demandeur doit recourir toutes les fois que la loi lui donne une action sans préciser la voie de procédure[2], se présente, à l'époque historique, sous la forme d'un pari au profit de l'Etat ayant pour objet le droit litigieux et pour enjeu une somme d'argent fixée selon l'importance du litige à 50 as ou à 500[3]. Il consistait probablement à l'origine en un serment, prêté par chaque partie de son bon droit, qui amenait le roi, à la fois à la tête des affaires civiles et religieuses, à vérifier qui avait raison pour savoir qui devait l'amende de son parjure[4]. Plus

1. Gaius. 4, 25. M. Appleton, *Z. S. St.*, 26, 1905, p. 6 et ss., croit qu'elle peut être postérieure à la loi Aebutia. On ne le croit pas généralement et nous ne le croyons pas.

2. Gaius, 4, 13 : *Sacramenti actio generalis erat ; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur*. Cf. en dernier lieu, R. von Mayr, *Mélanges Girard*, 2, pp. 171-200, et les observations de Berger, *K. V. J.*, 16, 1914, pp. 125-127.

3. Enjeu du pari fixé à 50 as ou 500 selon que l'objet du procès est ou non supérieur à 1000 as : Gaius, 4, 14. 16. Cf. Varron, *De l. L.*, 5, 180. Acquisition de celui du perdant à l'Etat : Gaius, 4, 13. Cette façon de s'exprimer, qui est généralement admise et qui ne nous paraît pas incorrecte, a été critiquée par M. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile*, 1896, pp. 19-22.

4. Ce système a été particulièrement développé par MM. Danz, *Der sacrale Schutz*, 1857, pp. 151-221, et Karlowa, *Civilprozess*, pp. 14-33. Il a été adopté chez nous par M. Cuq, *Institutions*, 1, p. 145, et, suivant la juste observation de M. Eisele, *Beiträge*, 1896, p. 218, il gagne toujours de nouveaux partisans. Il s'accorde bien avec l'idée de serment éveillée par le mot *sacramentum* (cf. Tite-Live, 22, 38. Festus, v° *Sacramento*, et *Epitome*, v° *Sacramentum*) ; avec l'emploi en sacrifices du *sacramentum* qui a probablement consisté en têtes de bétail (10 bœufs ou 10 moutons) avant d'être converti en argent (cf. Cicéron, *De Rep.*, 2, 35, 60, et Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 78, n. 4), emploi qui est certain pour l'époque ancienne (Festus, v° *Sacramentum* : *Consumebatur in rebus divinis*) et qui est possible pour l'époque postérieure ; avec le dépôt qui en était fait anciennement *ad pontem*, d'après Varron, *De l. L.*, 5, 180, où il faut probablement lire *ad pontificem*, mais où, même sans correction, le sens ne serait pas différent en face de la relation des pontifes avec le pont Sublicius (cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 78, n. 3). Avant tout, il explique seul, à notre sens, pourquoi l'autorité publique qui ne s'occuperait pas de savoir qui est propriétaire ou créancier, se considère comme astreinte à chercher de qui le *sacramentum* est *justum* ou *injustum*. C'est un expédient inventé par l'ingéniosité privée pour forcer le roi, chef civil

tard, probablement lors de la séparation des pouvoirs civils et religieux qui suivit l'établissement de la République[1], on a supprimé le serment en ne gardant que la peine du parjure devenue une simple amende de procédure, d'abord versée d'avance, puis promise avec la garantie de cautions (*praedes sacramenti*)[2]. Mais il faut noter qu'ici encore le procès ne se lie, la procédure, toute judiciaire qu'elle soit, n'amène de procès que si la prétention du demandeur est contestée en termes convenables par le défendeur.

En matière personnelle[3], le demandeur affirmait solennellement sa créance, peut-être en en indiquant la cause[4] et le défendeur devait pour ne pas être *confessus*, pour lier le procès au lieu de voir la créance se transformer immédiatement en créance exécutoire par *manus injectio*, répondre par une contestation, qui devait probablement être une négation solennelle du droit, conçue en termes symétriques. Alors le demandeur le provoquait au *sacramentum* et le défendeur répondait par la même formule. Puis, le *sacramentum* versé ou promis, on passait anciennement de suite à la nomination du juge ; au contraire, depuis une loi Pinaria, d'époque ignorée, on suspendait la procédure et on promettait par *vadimonium* de revenir devant le magistrat au bout de trente jours pour le choisir[5]. Enfin, le délai expiré et le juge nommé, venait la *comperendinatio* par laquelle les parties se promettaient réciproque-

et religieux, à statuer sur les litiges privés sous couleur de délit religieux. A la vérité il ne pouvait intervenir d'abord que quand les deux parties étaient d'accord pour y recourir ; mais l'emploi en devint forcé du jour où celui qui refusait de concourir à la liaison du procès fut tenu pour *confessus*.

1. C'est, croyons-nous, un effort désespéré de vouloir entendre les textes de Varron et de Festus comme attestant le maintien du caractère religieux du *sacramentum*, au temps de Varron ou de Verrius Flaccus. En outre, ce que dit Gaius, 4, 14, de la réduction de faveur du *sacramentum* à 50 as au cas de *causa liberalis* par les XII Tables paraît bien déjà supposer la sécularisation accomplie. M. H. Krueger, *Gesch. der cap. dem.*, 1, 1887, p. 212, la place entre les XII Tables et la chute de la royauté. Elle nous semble une conséquence de la séparation de pouvoirs produite par l'expulsion des rois.

2. Dépôt préalable : Varron, 5, 180. *Praedes sacramenti* : Gaius, 4, 13. 16. Le recouvrement était fait par les triumvirs capitaux, d'après Festus, v° *Sacramentum* (*Textes*, p. 26). Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 4, p. 308 ; de Ihering, *Scherz und Ernst*, 1884, pp. 212-219 ; Girard, *Org. jud.*, 1, p. 178, n. 4.

3. Par suite d'une lacune du texte de Gaius, la procédure qui se déroule en matière personnelle jusqu'à la provocation au *sacramentum* n'est guère connue que par les informations d'ailleurs assez sûres tirées soit des renseignements d'ensemble, soit de l'analogie du *sacramentum in rem*.

4. On rapporte d'ordinaire à cela la formule de Valerius Probus, 4, 1 : *Aio te mihi dare oportere*. C'est un point controversé et douteux de savoir si le demandeur indiquait ou non la cause de son droit. V. dans le premier sens, Baron, *Condictionen*, 1881, p. 190, dans le second, Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 226, n. 2.

5. Gaius, 4, 15. M. Eisele, *Beiträge*, p. 222, remarque avec raison que c'est là un temps de réflexion qu'on a pu laisser utilement aux parties depuis la sécularisation du *sacramentum*, tandis qu'auparavant il importait de faire le plus vite possible le sacrifice expiatoire. Les dates précises indiquées pour la loi sont, à notre sens, arbitraires.

ment de se retrouver le surlendemain (*in diem tertium sive perendinum*) devant le juge[1].

En matière réelle, la procédure présentait les mêmes traits généraux avec des nuances et des complications déjà signalées sur la revendication[2], ainsi avec le simulacre d'un combat relatif à la chose et arrêté par le magistrat, avec l'attribution par lui à l'un des plaideurs de la possession intérimaire garantie par les *praedes litis et vindiciarum*[3], et en particulier avec la substitution à l'affirmation et à la négation qui lient l'action personnelle d'une double affirmation du droit litigieux (*vindicatio, contravindicatio*), faute de laquelle la chose sera livrée sans procès à celui qui seul affirme avoir le droit, par exemple, être propriétaire.

1. Gaius, 4, 15. Festus, v° *Res comperendinata*. Cf. Petot, *Défaut in judicio*, pp. 115-128.

2. Gaius, 4, 16. 17. Aulu-Gelle, 20, 10. Cicéron, *Pro Mur.*, 12, 26. L'action *in rem* est, d'après son nom, une action exercée contre la chose comme l'action *in personam* l'est contre la personne, une action où celui qui a mené devant le magistrat une chose, un animal, un esclave pour s'en dire propriétaire et a fait son affirmation (*vindicatio*) sans être arrêté par l'affirmation d'une autre personne qui se prétende le propriétaire (*contravindicatio*), emmène cette chose avec lui, comme celui qui a exercé la *manus injectio* sur la personne de son débiteur sans être arrêté par la contradiction du *vindex* l'emmène chez lui. Cf. les ouvrages de Bechmann, Pflueger et Gradenwitz, cités pp. 342, n. 2 et 343, n. 2. Suivant le tableau donné par Gaius du *sacramentum* en matière d'action réelle mobilière, le demandeur, tenant à la main un bâton (*festuca, vindicta*) qui, d'après lui, représente la lance, signe de la conquête, dit, en saisissant la chose, par exemple l'esclave, et en le touchant de la baguette : *Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio secundum suam causam* (trois mots de sens douteux). *Sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*. L'adversaire fait et dit les mêmes choses. Le préteur les fait cesser par les mots : *Mittite ambo hominem*. Puis celui qui a agi le premier demande à l'autre pourquoi il l'a interrompu : *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* et ce dernier répond : *Jus feci sicut vindictam imposui*. Sur quoi le premier réplique : *Quando tu injuria vindicavisti, D* (ou *L*) *aeris sacramento te provoco*. Et l'autre répond : *Et ego te*. Cette procédure *in ipsam rem*, établie à l'époque où la propriété et les droits réels ne portaient que sur des meubles rencontra des difficultés d'extension aux immeubles qu'on ne peut mener devant le magistrat. On recourut à des procédés boiteux rapportés en termes peu concordants par Gaius, 4, 17, Cicéron, *Pro Mur.*, 12, 26, et Aulu-Gelle, 20, 10. Suivant Aulu-Gelle, on se serait d'abord transporté sur l'immeuble ; d'après Cicéron, le magistrat ordonnait aux parties d'y aller, pour y faire tout ou partie de la *legis actio*, en son absence, semble-t-il, puis les rappelait et les parties faisaient la cérémonie devant lui, sur un fragment de la chose, par exemple sur une motte de terre, comme dit Gaius qui ne parle pas de ce déplacement.

3. V. sur l'attribution des *vindiciae* la p. 343. On s'est demandé s'il ne faudrait pas aussi rapporter aux *vindiciae* la *deductio quae moribus fit* citée en matière immobilière par Cicéron, *Pro Tull.*, 8, *Pro Caec.*, 1. 7. 8. 11, où l'une des parties expulse l'autre du fond par une violence simulée (*vis ex conventu*). Ce serait là, d'après une doctrine qui remonte à Savigny, une façon d'attribuer conventionnellement les *vindiciae* à l'auteur de l'expulsion. D'après un autre système, dû à Keller et appuyé sur le rapprochement du droit grec par M. Mitteis, *Z. S. St.*, 23. 1902, pp. 274-300, la *deductio* aurait pour but de produire ce résultat dans la procédure *per sponsionem*. Suivant un autre, qui a été très répandu (v. Saleilles, *N. R. H.*, 1892, pp. 245-313, et les auteurs cités), elle se rapporte à la liaison du procès sur l'interdit *uti possidetis* (Gaius, 4, 170), et, suivant un autre qui est le plus récent (Boegli, *Ueber Ciceros Rede für A. Caecina*, 1906, suivi par C. Chabrun, *N. R. H.*, 1908, pp. 5-27), à sa liaison sur l'interdit *unde vi*.

Aussi bien en matière réelle qu'en matière personnelle, une fois le procès lié par les affirmations convenables des parties et par l'accomplissement des autres formes régulières, il est tranché *in judicio* par un juge qui déclare de qui le *sacramentum* est *ustum* et de qui le *sacramentum* est *injustum*[1], mais dont, comme partout, la tâche finit par là, qui n'a pas à s'occuper de mettre les faits d'accord avec sa décision quand ils ne le sont pas, quand le *sacramentum* déclaré *justum* est celui du créancier en matière personnelle, de la partie qui ne possède pas en matière réelle.

Nous avons déjà dit comment l'exécution de la sentence est assurée indirectement, mais efficacement en matière réelle par l'engagement des *praedes* (p. 343, n. 2). En matière personnelle, elle l'est par le droit qui en résulte pour le créancier d'intenter, après la *legis actio sacramenti* qui a rendu son titre exécutoire, la *legis actio per manus injectionem* qui l'exécutera. Mais il est remarquable que l'exercice de cette nouvelle *legis actio* n'est pas toujours directement possible en vertu de la *sententia*. La *manus injectio* suppose une créance d'une somme d'argent. Or la déclaration que le *sacramentum* du demandeur est *justum* ne suffit pas pour lui en donner une, lorsque sa créance primitive portait sur autre chose que de l'argent. Il faudra une procédure intermédiaire de liquidation (*arbitrium liti aestimandae*)[2], sur laquelle il y a des incertitudes, mais dont la nécessité prouve, à notre avis, que la *manus injectio* est plus ancienne que le *sacramentum* ; car, si les deux procédures avaient été établies en même temps, elles s'emboîteraient exactement, elles n'auraient pas besoin d'être liées par cette soudure, et, si elles sont d'antiquité inégale, la plus ancienne ne doit pas être le *sacramentum*, qui ne peut se suffire à lui-même, qui ne peut se passer de la *manus injectio* comme sanction ; c'est nécessairement la *manus injectio* qui peut exister seule en vertu des causes qui la fondent plus tard sans jugement[3].

§ 4. — *Judicis postulatio*.

La *judicis postulatio*[4], qui est sans doute plus récente que le *sacra*-

1. Cicéron, *De domo*, 29, 78 : *Si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent. Pro Caecina*, 33, 97 : *Sacramentum justum judicaverunt*.
2. L'*arbitrium liti aestimandae* cité par Valerius Probus, 4, 10, dans la partie de son recueil d'abréviations relative aux Actions de la loi est attesté en matière de *repetundae* qui donnaient originairement lieu à une *legis actio sacramenti in personam* par la loi Acilia *repetundarum*, lignes 58 et ss.
3. V. en ce sens Bekker, *Aktionen*, 1, p. 19 et ss. ; *Z. S. St.*, 23, 1902, pp. 12-13, *Z. S. St.*, 30, 1909, p. 15. On peut remarquer, de plus, qu'une institution franche, faite ouvertement pour le but auquel elle tend, est plus ancienne qu'une institution artificielle, introduite par les praticiens à l'aide de voies détournées.
4. Les seuls renseignements sont : Gaius, 4, 12, qui dit que c'est une des *legis actiones*, Gaius, 4, 20, qui dit qu'on ne sait pourquoi on a introduit la *condictio* pour des cas où l'on pouvait auparavant agir par *sacramentum* ou par *judicis postulatio* et la formule rapportée par Valerius Probus, 4, 8, parmi celles des *legis actiones* : *Te praetor judicem arbitrumve postulo uti des*. Cf. Ad. Schmidt, *Z. S. St.*, 2, 1881, pp. 245-264.

mentum, mais qui semble aussi déjà connue des XII Tables [1], paraît d'après son nom, avoir pour solennité caractéristique la demande d'un juge adressée au magistrat. Par suite du peu de renseignements que nous avons sur elle, son champ d'application est controversé. D'après une doctrine encore répandue, elle aurait servi à exercer les futures actions de bonne foi [2]. A notre sens, elle intervient dans les cas où il y a plutôt un règlement à faire qu'une contestation à vider (partage, bornage, *arbitrium liti aestimandae*) et où par suite on ne pourrait pas recourir aux affirmations et aux négations tranchées du *sacramentum* [3]. Il est possible que le juge y ait déjà rendu non pas seulement un jugement, comme dans le *sacramentum*, mais une condamnation pécuniaire contre le défendeur reconnu débiteur.

§ 5. — *Condictio.*

La *legis actio per condictionem* [4], certainement moins ancienne que les précédentes, fut créée par des lois de date ignorée [5], par la loi Silia, en matière de sommes d'argent, et par la loi Calpurnia en matière d'autres choses certaines, pour des cas où, dit Gaius, on pouvait déjà antérieurement agir par *sacramentum* ou par *judicis postulatio*. Sa création n'a donc pas eu pour utilité de munir d'action des créances nouvelles. L'avantage que les parties trouvaient à se servir de la nouvelle procédure à la place des anciennes, avec lesquelles les lois Silia et Calpurnia laissèrent vraisemblablement le choix [6], étaient probablement: pour la loi Silia, dans l'admission de la *sponsio* et de la *restipulatio tertiae partis* [7];

1. Elle y paraît déjà l'action admise dans les matières signalées n. 3.

2. Ces actions établies *sine lege* n'existent pas, à notre sens, au temps des Actions de la loi (p. 533, n. 4). D'autre part, Gaius, 4, 20, prouve que la *judicis postulatio* s'appliquait tout au moins aussi à des cas d'actions de droit strict.

3. Partage : p. 639 et ss. Bornage : p. 642 et ss. *Arbitrium liti aestimandae* tant dans le cas de *sacramentum in personam* (p. 1005, n. 2) que dans celui des XII Tables, 12, 3, qui se rapporte, à notre sens, à l'obligation des *praedes* (p. 343, n. 4). *Arbitrium aquae pluviae arcendae* : p. 639. A côté de ces cas où le *judex* était un *arbiter*, il doit y en avoir eu d'autres où il était un *judex* au sens strict. Cf. *Org. jud.*, 1, p. 91, n. 2.

4. Gaius, 4, 17*a*-20. Cf. Baron, *Die Condictionen*, 1881. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure*, pp. 59-206.

5. Les dates de 510 et de 520 qu'on rencontre encore parfois sont arbitraires. La date de 510 pour la loi Silia vient d'une identification, d'ailleurs non prouvée, avec une loi Silia *de ponderibus* (Festus, v° *Publica pondera*) placée anciennement sans plus de preuve à cette date. Nous ne savons d'où vient celle de 520 assignée aussi gratuitement à la loi Calpurnia. La loi Silia existe au temps de Plaute, si c'est elle qui a établi le serment nécessaire (p. 1007, n. 6).

6. Cela résulte de Gaius, 4, 93, si on admet avec nous, p. 346, n. 2, que la somme promise par contrat verbal pouvait être réclamée par *sacramentum* dans la procédure *per sponsionem* du temps de l'Empire.

7. Gaius, 4, 13. 171. Cf. p. 502, n. 4. Le nom de *sponsio legitimae partis* par lequel la désigne Cicéron, *Pro Rosc. com.*, 4, 10, ne prouve pas avec une rigueur absolue qu'elle vienne de la loi Silia, ni même d'une loi quelconque. Il est cependant assez naturel de croire qu'elle vient de la loi Silia qui a créé l'action et où

pour les deux, dans la possibilité donnée au demandeur de finir le procès *in jure* en déférant au défendeur un serment par lequel celui-ci éteindra la demande, mais qu'il sera obligé de prêter ou de référer, à peine d'être soumis à l'exécution comme en vertu d'une *confessio* ou d'un jugement [1]; dans la possibilité aussi d'éviter la perte sèche résultant du *sacramentum*; enfin dans une simplicité plus grande de formes : la procédure commence presque où finissait celle du *sacramentum*, par une sommation (*condictio*) de venir prendre un juge dans les trente jours [2], qui devait avoir lieu *in jure*, puisqu'elle donne son nom à la *legis actio*. Il est encore plus vraisemblable ici qu'en matière de *judicis postulatio* que le jugement rendu contre le défendeur était une condamnation pécuniaire.

SECTION III. — Décadence du système. Essais de réforme. Abrogation.

La procédure des Actions de la loi tirait de ses caractères mêmes certaines imperfections que le temps rendit plus sensibles. Etant une procédure légale, modelée sur la loi même, où le magistrat ne pouvait ni donner une action que la loi ne donnait pas, ni arrêter une action que la loi donnait, elle n'avait ni souplesse, ni faculté de progrès spontané ; elle ne laissait à l'autorité judiciaire aucun pouvoir d'amélioration, aucune possibilité de suppléer à l'inaction du législateur en tenant compte des besoins nouveaux, de la délicatesse plus grande des sentiments juridiques. D'autre part, étant une procédure formaliste, elle faisait le sort du procès dépendre du bon accomplissement des formalités, de hasards de procédure indépendants du bon droit. En outre, la nature même des formalités donnait un caractère dur au pauvre, dur au faible, à ce système coûteux, aristocratique, où il fallait trouver un *vindex* pour défendre à la *manus injectio*, où il fallait courir le risque de perdre cinquante ou cinq cents as pour plaider sur le *sacramentum*, où même il fallait anciennement les trouver d'avance pour le faire [3].

Sous ce dernier rapport, la rigueur de l'ancien régime avait été un

elle devait paraître un moyen de remplacer la *poena sacramenti*. M. Jobbé-Duval soutient, sans preuves, à notre avis, qu'une *sponsio* et une *restipulatio* analogues auraient été admises par la loi Calpurnia.

1. Cf. les auteurs cités, p. 611, n. 3. Il est fait allusion à ce serment nécessaire en matière de *certa pecunia* par divers textes de Plaute, *Rud.*, 14. *Pers.*, 4, 3, 9. *Curc.*, 4, 2, 10 ; ce qui prouve, à notre sens, qu'il a été établi par une loi, vraisemblablement par la loi Silia, et non pas par l'édit du préteur qui ne fonctionnait pas encore alors.

2. Gaius, 4, 18.

3. Ce dernier ordre d'inconvénients a été particulièrement souligné par de Ihering, *Scherz und Ernst*, pp. 175-232.

peu atténuée par la loi Vallia qui avait permis presque partout d'être son propre *vindex* ; par les lois nouvelles qui avaient donné la *condictio* au lieu du *sacramentum* en matière d'action personnelle ; par l'ingéniosité des praticiens qui avaient inventé, dès l'époque des Actions de la loi, à notre avis, la procédure *per sponsionem* où l'on pouvait faire trancher une question de propriété par le *sacramentum* personnel en ne payant que cinquante as à l'Etat, où l'on pouvait la faire trancher par la *condictio* sans lui rien payer.

D'autre part, on a dit que, dès cette époque, le magistrat qui ne pouvait ni corriger la loi, ni en combler les lacunes en vertu de ses pouvoirs judiciaires, de sa *jurisdictio,* pouvait le faire, en vertu de ses pouvoirs généraux, de son *imperium*, à l'aide de procédés qu'il emploie encore à l'époque formulaire ; en rendant des interdits par lesquels il ordonnait ou défendait de faire quelque chose ; en prononçant des *restitutiones in integrum*, où il réputait tel ou tel fait non avenu ; en accordant des *missiones in possessionem*, où il permettait à un individu de s'installer dans un but quelconque au milieu des biens d'autrui ; en ordonnant des stipulations prétoriennes, qui faisaient naître à la charge du promettant une obligation dont il n'était pas tenu d'après la loi. Mais, si ce n'est pas entièrement faux, ce n'est vrai que dans les limites modestes tracées par le principe selon lequel le magistrat ne peut alors ni donner, ni refuser d'action [1]. Ce principe exclut à notre avis absolument l'existence à notre époque de la *restitutio in integrum* qui pourrait servir à rien, si elle n'écartait pas une action née de l'acte désapprouvé par le préteur ou si elle ne rétablissait pas l'action anéantie par cet acte [2]. Il n'exclut pas la *missio in possessionem*, en tant qu'elle est compatible avec la revendication du propriétaire, qu'elle est par exemple prononcée pour le forcer à y répondre [3]. Il n'exclut pas non plus sous la même réserve les interdits, par exemple pour régler la possession jusqu'à l'exercice de l'action réelle [4]. Enfin il n'exclut pas à la rigueur la stipulation que le magistrat imposerait par voie d'autorité (*multis et pignoribus*), sans pourtant qu'on en voie grande trace [5].

1. Cf. *Org. jud.*, 1, pp. 203-206.

2. Il n'y en a du reste aucun indice. Le texte de Térence, *Phormio*, 2, 4, 9 et ss., qu'on a cité comme prouvant l'existence de la *restitutio in integrum ob absentiam* du vivant de Térence, mort en 595, rapporte tout au plus du droit grec : la meilleure preuve en est qu'il suppose un père demandant cette prétendue *restitutio* contre les actes faits par son fils. Cf. *N. R. H.*, 1897, p. 268, n. 3.

3. C'est la *missio in possessionem* donnée contre celui *qui fraudationis causa latitat*, qui est possible dès alors pour déterminer l'absent à venir se défendre, mais qui ne peut pas d'ailleurs encore aboutir, si la résistance se prolonge, à une vente des biens (p. 1046, n. 2).

4. Indices du temps de Plaute et de Térence, p. 284, n. 1 et 6. Sur leur sanction à cette époque, v. p. 1053, n. 6.

5. Il n'y en a pas de preuve directe ; de plus, même à l'époque formulaire où

Mais l'inconvénient contre lequel il ne pouvait y avoir de remède que dans un changement radical, c'était l'inconvénient résultant des nullités de forme, qui restait intact, qui dut plutôt être aggravé par l'activité des praticiens dégageant au profit du particulier dont ils défendaient les intérêts toutes les conséquences logiques du système. Et Gaius affirme que c'est cette rigueur d'interprétation qui amena l'impopularité des *legis actiones* [1], qui les fit abolir par la loi Aebutia et les deux lois Juliae introductrices de la procédure par formules.

le magistrat a une action plus libre, il ne se sert presque jamais des procédés de son *imperium* pour contraindre à la promesse. V. p. 1070, n. 1.

1. Gaius, 4, 30 : *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odio venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.* Cf. Cicéron, *Pro Mur.*, 12, 26.

TITRE II

PROCÉDURE FORMULAIRE

La procédure formulaire, où l'instance est toujours divisée en deux phases, mais où les parties n'ont plus besoin de lier le procès par des gestes et des termes sacramentels, où il est lié par le magistrat lui-même qui en rédige le programme pour le juge et qui par suite a sur le débat un tout autre pouvoir, a été mise à la place de la procédure des Actions de la loi en deux étapes : d'abord par la loi Aebutia, puis par les deux lois Juliae[1].

La loi Aebutia, qui commença la transformation, soulève à la fois la question des précédents dont a pu s'inspirer son auteur, celle de sa portée exacte et celle de la date à laquelle elle a été rendue.

Quant au premier point, il n'est guère probable que le système établi par elle ait été le produit d'une invention individuelle. Il est plutôt à croire qu'il y a eu là une copie de quelque modèle préexistant. Seulement on est en désaccord sur ce modèle. D'après une doctrine fort sujette à objection, quelque chose d'analogue à la formule aurait déjà existé depuis la loi Calpurnia dans la *legis actio per condictionem*[2]. Suivant une autre opinion plus répandue, elle aurait d'abord fonctionné dans les litiges entre citoyens et pérégrins et entre pérégrins où, les Actions de la loi étant hors de cause, le préteur pérégrin aurait été dans la nécessité de donner des instructions précises aux jurés[3]. A notre sens, le plus vrai-

1. Gaius, 4, 30 (suite) : *Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus.*

2. Keller, § 18, *in fine*. C'est une pure conjecture sans vraisemblance interne. Autre hypothèse rattachant la formule à l'*arbitrium liti aestimandae* et, à notre sens, également peu vraisemblable, chez Huvelin, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 319-354.

3. Cette conjecture, due comme tant d'autres à Huschke, est de beaucoup la plus répandue. Cependant elle est moins satisfaisante en réalité qu'à première vue. Sans doute la *legis actio* n'appartenait pas anciennement aux pérégrins exclus du droit national et il en est même resté toujours quelque chose. Cf. Cicéron, *Pro Caecina*, 33, 97 et ss. Mais pourtant il ne faut rien exagérer. Ou les pérégrins n'ont pas avec Rome de lien juridique, résultant d'alliance ou de soumission, et alors ils n'ont pas de droit pas plus par *legis actio* qu'autrement. Ou ils ont avec elle un lien résultant d'un traité ou d'un acte législatif quelconque qui leur a conféré certains droits, et alors ces actes peuvent avoir conféré la *legis actio* romaine dans une mesure plus ou moins large, soit à tous les pérégrins pour certains droits, soit à certains pérégrins pour tous les droits. La première chose paraît bien avoir été faite pour l'action en répétition contre les magistrat

semblable est de voir là une imitation d'institutions provinciales, une importation de ce qui se pratiquait déjà depuis la conquête romaine dans certaines provinces, peut-être sous l'influence de précédents tirés du droit local [1].

Pour la portée de la loi, il est certain que la loi Aebutia a introduit les formules entre citoyens, d'une part, et, d'autre part, qu'elle n'a pas complètement aboli les *legis actiones*. La difficulté est de trouver la ligne de démarcation. Cependant le champ des hypothèses est beaucoup rétréci par la démonstration, aujourd'hui acquise à notre sens, qu'il y avait déjà des formules pour tous les droits et que toutes les anciennes *legis actiones* existaient encore après cette loi [2]. On a proposé d'expli-

concussionnaires intentée par *sacramentum* aux termes de la loi Calpurnia de 605 et de la loi Junia postérieure (p. 1012, n. 3 ; cf. pp. 116, n. 4. 957, n. 4).

1. Bien qu'on ne l'ait pas encore relevé à notre connaissance, cette idée nous paraît dériver naturellement du système d'inscription au rôle et de tirage au sort des demandes écrites formées par exemple par les plaideurs siciliens (p. 990, n. 2). On peut facilement comprendre que l'exemplaire de la demande qui servait pour l'inscription au rôle et pour le tirage au sort ait aussi servi de programme de l'affaire au juré et par conséquent constitué la première formule. C'est là sans doute encore une conjecture, mais une conjecture qui, à la différence des deux précédentes, a pour base l'existence avérée d'un écrit constatant la demande. Il se peut même fort bien que, suivant une autre idée que nous avions indiquée autrefois et que M. Fliniaux a rendue très vraisemblable par de bons arguments tirés des sources grecques, *N. R. H.*, 1909, pp. 538-545, la pratique des gouverneurs de Sicile ait eu pour précédent plus ou moins remanié une pratique hellénique introduite en Sicile dès avant la conquête romaine. En sens inverse, rien n'empêche que le système ainsi suivi d'abord dans le ressort de certains gouverneurs de province ait ensuite été emprunté par le préteur pérégrin pour les procès de sa compétence avant de l'être par la loi pour les procès des citoyens. Mais ce ne peut alors avoir été qu'après que le système s'était déjà constitué en province, donc après l'an 513, date de l'acquisition de la première partie de la Sicile. — Cf. sur la procédure formulaire dans les provinces, Josef Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, Thèse Breslau, 1905.

2. V. sur ce point Wlassak, *Römische Processgesetze*, 1, 1888, pp. 62-72. pp. 85-103, et notre compte rendu *N. R H.*, 1889, p. 298. D'un côté, au temps de Cicéron, donc avant les lois Juliae, il y a des formules pour tous les droits, selon le *Pro Rosc. com.*, 8, 24, et on voit, en effet, les formules citées, soit pour des actions personnelles, comme dans ce plaidoyer, soit pour des actions réelles, comme dans les Verrines (p. 346, n. 1). D'autre part, toutes les *legis actiones* existent encore. A la vérité, il n'y a pas de témoignage pour la *condictio* ; mais il semble difficile d'admettre que la loi de réforme ait été faite seulement pour abolir l'Action de la loi la plus récente, la plus simple, celle pour laquelle une réforme était le moins nécessaire. Or il y a des témoignages positifs de la survivance de toutes les autres, non seulement du *sacramentum* qui subsiste encore devant les centumvirs après les lois Juliae, p. 1014, n. 2, mais de la *judicis postulatio* attestée en matière d'action *familiae erciscundae*, par Cicéron, *De or.*, 1, 56, mais de la *pignoris capio* signalée par Varron dans Aulu-Gelle, 6, 10, 2, mais de la *manus injectio* attestée en 710 par le c. 61 de la *lex coloniae Genetivae*. C'est, en face de ces témoignages, une erreur matérielle de présenter la loi Aebutia comme ayant aboli la *legis actio* pour l'exécution et non pour le jugement. On se heurte moins ostensiblement aux textes, mais on s'y heurte pourtant et on tombe, à notre sens, dans de grandes invraisemblances, en admettant avec MM. Eisele, *Abhandlungen zum römisch. Civilprocess*, 1889, pp. 67-109, et Cuq, *Institutions*, 1, p.287, que la loi Aebutia aurait aboli la *legis actio* et introduit les formules

quer ce phénomène d'apparence paradoxale en supposant qu'il y aurait eu alors pour chaque procès à la fois célébration de la *legis actio* et délivrance de la formule[1]. Il tient, croyons-nous, à ce que, dans un esprit judicieux d'expérimentation, la loi qui introduisit la procédure nouvelle permit aux parties de choisir entre elle et la procédure ancienne sous le contrôle du magistrat : c'est, à notre sens, l'idée qui rend le mieux compte du dualisme et qui en même temps peut le mieux expliquer les pouvoirs conférés par la loi nouvelle au magistrat, probablement d'une manière plus fortuite qu'intentionnelle[2].

Quant à la date de la loi Aebutia, les interprètes la font aller arbitrairement du début du VI[e] siècle à la fin du VII[e]. Elle ne peut être établie scientifiquement que par un procédé, par la fixation de termes extrêmes, par la détermination des témoignages les plus récents qui impliquent qu'e le n'existe pas encore et des témoignages les plus anciens qui impliquent qu'elle existe déjà. Ce procédé conduit, croyons-nous, à la placer entre une date postérieure à l'an 605, où des lois positives ne paraissent encore connaître comme moyen d'agir que la *legis actio*, et les environs de l'an 628, à partir desquels on rencontre de tout côté des vestiges des pouvoirs nouveaux du magistrat[3].

seulement pour la *condictio* ; que par conséquent la formule pétitoire des actions réelles n'aurait pas existé avant les lois Juliae, malgré les témoignages cités p. 346, n. 1, et que les formules établies pour tous les droits dont parle Cicéron se réduiraient à celles des deux *condictiones*.

1. V. en ce sens Bekker, *Z. R. G.*, 5, 1896, pp. 341-356 (cf. *Aktionen*, 1, p. 89-92) et Jobbé-Duval, *N. R. H.*, 1905, p. 16, n. 1. De deux choses l'une : ou c'est la *legis actio* qui est nécessaire, essentielle, et alors il n'y a pas de formule ; ou c'est la formule, comme on pense en voyant là un remède aux vices de formes, et alors il n'y a pas de *legis actio*, il y a formule partout. De plus, ce système n'expliquerait pas qu'on pût encore perdre son procès quand on ignorait les termes de la loi, comme dit Cicéron, *De or.*, 1, 56.

2. La démonstration de cette idée a été l'un des grands mérites de M. Wlassak. Voir *Processgesetze*, 1, pp. 103-139 et *N. R. H.*, 1889, p. 299. De même, par ex., que les lois Silia et Calpurnia permettaient déjà au demandeur de choisir entre les anciennes *legis actiones* et la *condictio*, la loi Aebutia a permis aux parties, sous le contrôle du préteur, de choisir entre les *legis actiones* et la *formula*. Cela explique parfaitement que l'on trouve toutes les anciennes Actions de la loi en vigueur en même temps que des formules pour tous les droits. Mais cela explique aussi les droits nouveaux que le préteur n'a eus, croyons-nous, que depuis lors. Par là même qu'il a le contrôle du choix des parties, il faut bien qu'il ait le droit de refuser un des moyens quand il accorde l'autre, d'accorder l'un quand il refuse l'autre. Il est même possible qu'on n'ait vu là d'abord que cela, que son pouvoir nouveau ne lui ait été conféré qu'à ce point de vue, quand la loi a été faite. Mais tout le développement postérieur devait suivre par la force des choses. Le magistrat es dégagé des liens qui résultaient pour lui de la loi. Les actions ne sont plus données par la loi, mais par lui et, quoique on ne lui ait probablement accordé le pouvoir de refuser des actions et de donner des formules que pour régler l'option entre les deux procédures, il est bientôt arrivé, par une pente naturelle, à refuser les actions que la loi donnait, même sans accorder de formule à la place, à accorder des formules, non seulement dans le cas où la loi donnait une action, mais dans ceux où elle la refusait. Cf. p. 39 et ss.

3. Cf. Girard, *Z. S. St.*, 4, 1893, pp. 11-54. 29, 1908, pp. 113-169 = Girard,

L'expérience commencée au début du VII[e] siècle ayant réussi, on fit, un peu plus de cent ans plus tard, un nouveau pas. On abolit en principe l'ancienne procédure et on ne laissa plus subsister que la nouvelle. Cette réforme est attribuée par Gaius à deux lois Juliae, c'est-à-dire aux deux lois Juliae *judiciariae*, relatives aux *judicia publica* et aux *judicia privata* qu'il considère là comme un tout [1] : exactement elle a été faite par la loi Julia *judiciorum privatorum* rendue sur la proposition d'Auguste, après la loi Julia *judiciorum publicorum*, qui est de 737 [2], ou en 737 ou au commencement de 738 [3]. En dehors de la juri-

Mélanges, 1, pp. 65-174 ; v. dans le même sens Bekker, *Z. S. St.*, 15, 1894, p. 164 ; Erman, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 285, n. 2. Partsch, *Schriftformel*, 1905, p. 1, n. 3 ; Seckel, *Handlexikon*, v° Acbutia et les autres auteurs cités, *Mélanges*, p. 131, n. 3. La procédure nouvelle existe nécessairement en l'an 627 ou 628, dans lequel Cicéron, *De or.*, 1, 36, 166, atteste le droit du magistrat de *denegare legis actionem*, en l'an 631, où le préteur Sex. Julius connaissait l'action de mandat qu'il refusait encore contre les héritiers (p. 592, n. 6), en l'an 636 au plus tard où le préteur Rutilius créa l'action prétorienne désignée de son nom (p. 1064, n. 2) et rendit probablement l'édit sur les *operae* (p. 126, n. 3) et où la loi latine de Bantia, *Textes*, p. 30, représente une action pénale donnée à tous les magistrats, contre les fonctionnaires et les sénateurs coupables de violation de la loi, donc à des citoyens contre des citoyens, comme s'intentant par formule. D'autre part, elle n'existe pas au milieu du VI[e] siècle, où Sex. Aelius Paetus Catus écrit ses *tripertita*, dont la partie procédurale est relative aux *legis actiones* ; à la fin du VI[e] siècle, où la loi Vallia postérieure à la loi Furia *testamentaria* de 550-585 transforma toutes les *manus injectiones*, sauf deux, en *manus injectiones purae* ; en l'an 605, date de la loi Calpurnia, et à la date postérieure ignorée de la loi Junia *repetundarum*, où, d'après la loi Acilia, ligne 23, ces lois ont permis d'agir en répétition contre les magistrats concussionnaires par *sacramentum* au lieu de donner le choix. Cela place donc la loi entre l'an 605 au plus tôt et l'an 628 au plus tard, sans doute un peu après la première date et un peu avant la seconde.

1. Gaius, 4,30 (p. 1010, n. 1). Cf. Girard, *Z. S. St.*, 34, 1913, pp. 295 372, où l'on trouvera relevés p. 295, n. 1, tous les textes qui parlent distinctement ou collectivement des deux lois Juliae *judiciorum publicorum* et *privatorum*. La loi Julia *judiciorum publicorum* n'ayant pu ni abroger les *legis actiones*, ni introduire les formules en matière criminelle, il faudrait littéralement dire que Gaius parle de deux lois Juliae *judiciorum privatorum*. C'est ce qu'a fait M. Wlassak, *Processgesetze*, 1, pp. 191-201. Seulement cela conduirait à décider qu'il y aurait eu en tout trois *legis judiciariae*, une *judiciorum publicorum* et deux *judiciorum privatorum* ; or, non seulement l'ensemble des sources ne connaît que deux lois judiciaires et non trois ; mais l'existence d'une loi *judiciorum privatorum* unique en face d'une loi *publicorum* est directement prouvée par la façon dont Ulpien, *F. V.*, 197-198 renvoie sur le même point au chapitre 26 de la 1[re] et au chapitre 27 de la 2[e]. Cf. aussi Gaius, 4,104. L'explication est, croyons-nous, que Gaius a attribué aux lois judiciaires une disposition qui n'était que dans l'une d'elles par la même habitude de langage par suite de laquelle les jurisconsultes attribuaient aux lois caducaires une disposition qui n'était que dans l'une des lois caducaires, ou dans la loi Julia, ou dans la loi Papia Poppaea, mais non dans les deux.

2. Cette date résulte du rapprochement fait par M. Wlassak, de deux textes, l'un de Dion, 54, 18, et l'autre de Modestin, *D.*, 48, 14, *De lege Julia ambitus*, 1, 4, qui rapportent les deux termes d'une même règle (de droit criminel, v. Girard, p. 315, n. 1), comme ayant été établis le premier, d'après Dion, par Auguste en 737 et le second, d'après Modestin, par une loi Julia *judiciaria*.

3. Elle est certainement d'Auguste, puisque la *manus injectio* subsiste en 710 après la mort de César (p. 997, n. 3). M. Wlassak la place en 737 d'après le rapprochement, signalé n. 2, qui cependant n'est relatif u'à la loi *judiciorum*

diction gracieuse où Gaius omet de signaler expressément le maintien certain de la *legis actio*[1], la loi Julia *judiciorum privatorum* n'a, d'après lui, laissé subsister les Actions de la loi que dans deux cas : en matière de *damnum infectum*, où le maintien de la *legis actio* et son caractère même ont soulevé beaucoup de controverses, mais où Gaius dit qu'on préfère recourir à la stipulation prétorienne, et pour les procès plaidés devant le tribunal des centumvirs, qui n'a jamais statué que sur des affaires liées par le *sacramentum* et qui a donc perpétué la pratique des *legis actiones* tant qu'il a existé[2]. Dans tous les autres cas, la procédure régulière est désormais la procédure des formules : la réforme

publicorum. Mais on peut observer que les deux lois paraissent, notamment d'après le parallélisme signalé par Ulpien, *F. V.*, 197. 198, avoir été inspirées sensiblement au même moment par une pensée commune, que, d'après l'ordre d'énumération du même texte, la loi *judiciorum privatorum* est venue après la loi *judiciorum publicorum* de 737 et qu'enfin, pour n'être pas éloignée par un trop long temps de cette loi parallèle de 737, elle doit nécessairement avoir été rendue au plus tard dans les premiers mois de 738, son auteur étant parti au commencement de l'été de 738 pour un long voyage dont il n'est revenu qu'en 741.

1. Ce n'est ni contestable ni contesté. Peut-être est-ce dans la portion de la loi qui maintenait la *legis actio* pour la juridiction volontaire (affranchissement par la vindicte, émancipation, adoption, *in jure cessio*) que se trouvait une disposition soustrayant le prince aux formes de l'affranchissement par la vindicte signalée par Paul, *D.*, 40, 1, *De manumiss.*, 14, 1, comme venant d'une *lex Augusti*. Cf. Girard, pp. 310-314.

2. Gaius, 4, 31. Le tribunal des centumvirs, dont l'organisation a probablement été remaniée par la loi Julia, se compose, sous le Principat, de plus de 180 membres (car il en reste encore 180 après les récusations d'après Pline, *Ep.*, 6, 33, 3) et il est divisé en plusieurs sections (*hastae* : quatre, d'après Pline, *loc. cit.*, et Quintilien, *Inst.*, 12, 5, 6), plus ou moins stables, qui siégeaient tantôt séparées, tantôt réunies. Les centumvirs ont alors au-dessus d'eux à la fois les décemvirs *litibus judicandis* dépouillés de leur compétence distincte sous Auguste (Suétone, *Aug.*, 36), probablement par la loi Julia, et un premier président, le *praetor hastarius*, dont l'existence est attestée depuis le temps de Tibère et qui date peut-être du temps d'Auguste (cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 259). Ils ont maintenu en activité la *legis actio sacramenti* dont l'accomplissement devant le préteur urbain ou pérégrin est le préalab e de leur justice (Gaius, 4, 31. 95) jusqu'au début du IIIe siècle où Paul et Ulpien les connaissent encore comme institution vivante (p. 875, n. 1), et où se rencontrent les dernières inscriptions attestant l'existence des décemvirs (Mommsen, *Dr. publ.*, 4, p. 301, n. 2). — Quant à la *legis actio* maintenue en matière de *damnum infectum*, ce serait la *pignoris capio* qui servirait à obtenir la caution accordée plus tard par l'édit, d'après un système établi par voie d'élimination en démontrant qu'aucune autre des cinq actions de la loi ne pourrait être intentée pour se plaindre du préjudice éventuel (Bethman-Hollweg, Karlowa). Mais on a très bien repoussé cet argument d'exclusion en montrant qu'il s'appliquerait même à la *pignoris capio* ; car elle est une *legis actio* et *nulla legis actio prodita est de futuro*, d'après Paul, *F. V.*, 49. Cela ne prouve pas l'inexistence de la *legis actio* dont le maintien est attesté par Gaius, 4, 31, et même par des textes du *D.* (v. par ex. Julien, *D.*, 39, 3, *De aqua*, 11, 3). Mais cela prouve qu'elle n'est pas une *legis actio prodita de futuro*, tendant à une promesse. Il est plus malaisé de dire ce qu'elle est. Ce serait une *legis actio* au sens large, résultant d'un acte formel accompli en dehors du *jus* d'après une doctrine ingénieuse de M. Wlassak, suivie par M. Collinet, qui expliquerait très bien sa survivance aux lois Juliae, mais qui ne s'accorde guère avec Gaius, 4, 12 ; car il serait bien étrange qu'il ne nommât que cinq *legis actiones* au § 12, s'il en visait une sixième comme seule restée en vigueur au § 31.

prescrite par le législateur et exécutée par le magistrat[1] qui mit les formules à la place des *legis actiones* est accomplie.

Nous exposerons la procédure formulaire en prenant d'abord la phase de l'instance qui se passe *in jure* et qui se termine par la *litis contestatio*, sur laquelle nous étudierons la structure générale de la formule, ses parties principales et accessoires et les divisions des actions et des exceptions qui y correspondent ; puis la phase de la procédure qui se termine par la sentence dont nous déterminerons l'autorité (*res judicata*) ; enfin l'exécution et les voies de recours. Nous décrirons ensuite les mesures par lesquelles le magistrat intervenait dans des contestations privées, en dehors de sa juridiction proprement dite, en vertu de son *imperium* (*missiones in possessionem* ; stipulations prétoriennes ; interdits ; *restitutiones in integrum*).

CHAPITRE I. — PROCÉDURE *IN JURE*

Dans la procédure formulaire, la phase de l'instance qui se passe *in jure* a pour but et pour terme la formule. Il faut donc étudier à son sujet tant la structure de la formule que la façon de laquelle cette formule est obtenue.

1. On ne remarque pas toujours assez quelle lourde tâche la loi Aebutia a imposée au magistrat en le chargeant d'organiser au moyen de formules les procès jugés auparavant à la suite de l'accomplissement de *legis actiones*. Quelques faits connus ou probables, la transposition à la 3e personne dans l'*intentio* de la formule des discours tenus à la 1re personne par le demandeur à la *legis actio* (p. 1032), la fiction de l'accomplissement de la *legis actio* placée dans la formule de certaines actions (p. 1033, n. 2), la mention de la *judicis postulatio* dans d'autres (p. 640, n. 2) sont des exemples, mais seulement des exemples de la façon dont le préteur a dans ce travail résolu certaines difficultés. Pour l'accomplir intégralement, il lui a fallu les résoudre toutes, mettre par les instructions contenues dans la formule le juré en face d'une situation symétrique à celle qu'aurait entraînée pour lui l'observation du cérémonial de la *legis actio* non pas seulement par le demandeur, mais par le défendeur et par le magistrat, avec toutes les diversités correspondant aux diversités de droits et de procédures. C'est ce travail énorme dont on parle quand on dit que le magistrat a transformé les *legis actiones* en formules. L'histoire de cette transformation n'est pas encore faite. Pour pouvoir être faite, elle impliquerait comme conditions préalables la connaissance précise, au regard des différents droits, à la fois des *legis actiones* dont il a fallu assurer le résultat et des formules qui ont servi à l'assurer. Cette connaissance existe, somme toute, aujourd'hui pour les formules. Elle est loin d'être atteinte pour les *legis actiones*. Les matériaux ne sont pas encore triés, commencent à peine à être rassemblés. Il convient cependant de signaler ceux déjà réunis dans quelques études très différentes de tendances et de conclusions, en particulier dans les deux monographies de M. Huvelin sur l'*arbitrium liti aestimandae* (p. 1010, n. 2) et de M. Arangio Ruiz sur *le formule con demonstratio e la loro origine*, Cagliari, 1912.

SECTION I. — Marche de l'instance.

I. Modes de citation. Magistrats, temps, lieu du débat. — Des Actions de la loi au système formulaire, la procédure du *jus* a profondément changé de physionomie. Elle ne suppose plus, de la part des plaideurs, aucune affirmation solennelle de leurs prétentions ; mais elle suppose toujours un débat contradictoire devant le magistrat, elle exclut la procédure par défaut. En conséquence, la première chose à faire pour celui qui veut intenter une action est toujours de faire comparaître son adversaire devant le magistrat au jour et au lieu convenables.

Le procédé de citation par excellence reste *l'in jus vocatio*, que le préteur a seulement perfectionnée en donnant, contre celui qui ne s'y conforme ni ne fournit de *vindex*, à côté du droit de le traîner de force, une action prétorienne en paiement d'une amende[1] et en permettant de plus non seulement la saisie, mais la vente des biens de celui qui empêche la poursuite en se cachant[2]. La comparution paraît aussi pouvoir être assurée par le *vadimonium*, au moyen duquel un défendeur peut rationnellement aussi bien promettre de venir devant le magistrat une première fois que d'y revenir une seconde[3]. Il est beaucoup plus dou-

1. Le défendeur qui ne fournit pas de *vindex* peut toujours être mené de force devant le magistrat et même le préteur a créé une action pénale *in factum* contre celui qui le délivrerait par la force (Gaius, 4, 46). Mais le préteur donne en outre une action *in factum* contre celui *qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit*, suivant Gaius, 4, 46, dont le texte pur permet de rectifier à la fois la rubrique de *D.*, 2, 6, *In jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent* et les textes interpolés où la mention du *vindex* a été remplacée par les mots *fidejussor judicio sistendi causa datus*. V. pour la radiation du mot *vindex* les travaux cités plus bas et pour sa raison tirée de la terminologie byzantine celui de Brassloff, pp. 51-59 ; v. contre elle Gauckler, *N. R. H.*, 1889, pp. 621-635. Schlossmann, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 279-329. *Z.* de Grünhut, 1905, pp. 193-244. Le *vindex*, dont l'intervention libère toujours l'*in jus vocatus* de l'obligation de suivre le demandeur devant le magistrat, est en conséquence tenu envers le demandeur qui peut le citer à son tour *in jus* pour lui faire fixer par le magistrat un terme auquel il devra produire le défendeur, faute de quoi il sera tenu d'une action prétorienne *in factum* (*D.*, 2, 8, *Qui satisd. cog.*, 4 ; 2,5. *D.*, 2, 11, *Si quis caut.*, 10, *pr.*). V. en ce sens Lenel, *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 232-254. *Edictum*, ed. 2, pp. 67-68. Cf. les systèmes plus ou moins différents proposés antérieurement par Lenel, *Z. S. St.*, 2, 1881, pp. 43-54, *Edictum*, ed. 1, pp. 54-55 (suivi par P. Maria, *Le vindex*, 1895 pp. 234-247 et maintenu contre Lenel lui-même par Wenger, *Rechtshistorische Papyrusstudien*, 1902, pp. 5-25) ; Naber, *Mnemosyne*, 21, pp. 371-382 ; Lenel, *Edit*, 1, pp. 74-76 ; Brassloff, *Zur Kenntniss d. Volksrechtes in d. romanisisten Ostprovinzen*, 1902, pp. 35-63. — Il est à noter que l'édit défend de citer certaines personnes auxquelles on doit le respect (ascendants, patrons) sans avoir obtenu l'autorisation du magistrat (pp. 125, n. 5 ; 171, n. 2 ; 188, n. 2).

2. V. p. 1088, n. 3. L'édit vient même au secours de celui qui a reçu un *vindex* en lui donnant, contre celui qui après avoir fourni ce *vindex* ne se présente pas, une autre *missio in possessionem* spéciale. Cf. Ulpien, *D.*, 42, 4, *Quib. ex caus.*, 2 *pr.* et Lenel, *Edictum*, pp. 71-73 (*Edit.*, 1, pp. 81-82), *Z. S. St.*, 25, 1904, p. 241.

3. V. Fliniaux, *Le vadimonium*, thèse Paris, 1909, pp. 37-154 et Dictionnaire de Daremberg et Saglio, au mot *Vadimonium*. Le *vadimonium*, qui se fait, depuis la

teux qu'on puisse, au moins en Italie et en matière de procès liés par formules, employer comme troisième mode de citation la *litis denuntiatio*, sommation de comparaître à un jour dit, qui joue un grand rôle dans la période postérieure et qu'on commence à entrevoir dans celle-ci[1].

loi Aebutia (cf. p. 762, n. 4), par un contrat verbal ordinaire dans lequel le défendeur promet de *certo die sisti* avec des clauses et des garanties accessoires variables (cf. Gaius, 4, 184-186 et Lenel, *Edictum*, §§ 17-24 ; ajouter l'exemple mutilé du temps de Néron, *C. I. L.*, IV, *Suppl.*, 1, XXXIII, p. 324), était prescrit par le magistrat au défendeur quand l'affaire ne finissait pas le jour même (Gaius, 4, 184) et aussi quand, après l'avoir entendu, il le renvoyait devant un tribunal autre que le sien (*vadimonium Romam faciendum* : loi Rubria, c. 21 *in fine* ; v. aussi Lenel, *Z. S. St.*, 2, 1881, pp. 35-43 ; *jus domum revocandi* : *D.*, 5, 1, *De judiciis*, 7 ; 8). Il pouvait aussi, d'après la logique autant que d'après les textes (v. par ex. Cicéron, *Pro Quinctio*, 19, 61), être fourni à l'amiable avant toute comparution par une personne à une autre. Mais c'est à tort qu'on rapporte encore parfois à un *vas*, donné par le défendeur pour éviter la nécessité de comparaître immédiatement, les textes relatifs au *vindex* cités p. 1016, n. 1. L'erreur est prouvée par le rapprochement de la rubrique du *D.*, 2, 6, et des textes eux-mêmes avec le texte pur de Gaius, 4, 46 ; par la place différente des commentaires de l'édit où se trouvent les textes relatifs au *vindex* et ceux relatifs au *vadimonium* ; par la différence de l'action prétorienne *in factum*, qu'ils accordent faute d'exécution du décret du préteur, et de l'action *ex stipulatu*, née de la promesse *judicio sisti*, que produit le *vadimonium*.

1. Un auteur médiocre, Aurelius Victor, *De Caes.*, 16, prétend qu'elle aurait été mise par Marc-Aurèle à la place du *vadimonium* comme procédé de citation. C'est sûrement inexact. Mais la *litis denuntiatio*, demande remise à l'autorité locale pour être notifiée à l'adversaire, que nous avons vue (p. 990, n. 2) être désignée par l'expression *dicam scribere* en Sicile où elle a peut-être été employée même pour des procès de l'*ordo* déférés au *conventus*, qui est désignée du nom de παραγγελια pour les procès extraordinaires déférés au *conventus* en Egypte (v. Mitteis, *Grundzüge*, pp. 36-37 et pour les exemples, *Chrestom.*, n°s 50-56) a aussi, croyons-nous, fonctionné à Rome et en Italie dès le temps de la procédure formulaire pour les procès extraordinaires où elle apparaît au début du IIe siècle de l'ère chrétienne et est d'usage fréquent avant sa fin (cf. Steinwenter, *Studien zum römischen Versaümnissverfahren*, 1914, pp. 105-109). Il est probable qu'elle ne pouvait fonctionner en Italie aussi bien qu'en Egypte qu'entre gens appartenant à la même circonscription. Au contraire, on voit fonctionner dès la même époque, à Rome et en Egypte, toujours en matière extraordinaire, aussi bien contre les défendeurs absents que contre les présents, la citation par le magistrat, l'*evocatio* issue de son droit général de *vocatio*, qui se réalise ou bien contre le présent par une *denuntiatio*, qu'il ne faut pas confondre avec celle du particulier, même quand elle est faite sur sa sollicitation, ou bien contre celui qui se trouve dans une autre circonscription par des *litterae* adressées par le magistrat aux autorités de la circonscription, ou bien contre celui dont on ne sait où il se trouve par des affiches, *edicta*. V. par ex. *D.*, 40, 5, *De fideicomm. lib.*, 26, 9, et Steinwenter, pp. 8-26. C'est dans ces domaines que s'est, croyons-nous, introduite dès alors la procédure par défaut propre à la procédure extraordinaire (p. 1094) : suivant le mécanisme décrit notamment par Ulpien, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 68-73. 75 et par Paul, *Sent.*, 5, 1 *a*, 6, 1, le défendeur qui n'a pas répondu à la citation est cité à nouveau par le magistrat soit par des *litterae* ou des *edicta* séparés par un intervalle de dix jours au bout desquels vient en premier lieu, d'après Ulpien, en troisième, d'après Paul et les autres sources, l'*edictum peremptorium* qui peut d'ailleurs aussi être rendu seul dès le principe (*unum pro omnibus*), soit par la *denuntiatio ex auctoritate*, qui apparaît aussi tantôt comme répétée, tantôt comme isolée ; puis, s'il n'obéit pas au magistrat en venant au jour fixé dans la dernière citation, sa désobéissance (*contumacia*) a pour conséquence que le magistrat procède en son absence à l'examen et au jugement du litige.

Quant aux magistrats compétents[1], ils sont, sous le système formulaire, à peu près les mêmes que sous les Actions de la loi : à Rome les préteurs urbain et pérégrin, et, pour les affaires des marchés, les édiles curules ; en province, les gouverneurs qui continuent à aller en personne ou par représentants (*legati*) tenir les assises dans les principales villes de leur ressort, et, dans les provinces sénatoriales, pour la juridiction des édiles, les questeurs ; enfin au-dessous d'eux, tant en Italie, où les *praefecti jure dicundo* ont disparu, qu'en province, les magistrats municipaux investis depuis une époque discutée d'une compétence restreinte à certaines affaires et à un certain taux[2]. Ils doivent toujours siéger en public, *pro tribunali*, en matière contentieuse[3], et enfin ils continuent à ne siéger que certains jours qui, pour s'en tenir à Rome, ne sont plus déterminés de la même façon que sous les Actions de la loi, au moins depuis Marc-Aurèle qui, rapporte sa biographie, les refondit et les ramena à deux cent trente[4].

II. Débats devant le magistrat. Interrogations *in jure*. Serment. *Confessio in jure*. Cautions. Nomination du juge. — Une fois les deux plaideurs devant le magistrat compétent, il faut bien qu'ils manifestent leurs prétentions ; mais leurs discours ne sont plus des paroles sacramentelles ayant la vertu de rendre le droit exécutoire ou de lier mécaniquement l'instance. Ce sont des explications qui sont données en

1. Nous ne pouvons insister ici sur les règles de la compétence qui se détermine en principe d'après la personne du défendeur (*actor sequitur forum rei*). Tous les citoyens sont, en règle, justiciables des tribunaux de Rome (*D.*, 50, 1, *Ad mun.*, 33 : *Roma communis nostra patria est*). Mais ils peuvent être poursuivis ailleurs en vertu de leur droit de cité local (*forum originis*) et même concurremment en vertu de leur résidence (*forum domicilii* : *D.*, 50, 1, *Ad munic.*, 29), comme à l'inverse refuser de répondre aux actions intentées contre eux à Rome quand ils y sont momentanément (*jus domum revocandi* : *D.*, 5, 1, *De jud.*, 2, 3). D'autres tribunaux peuvent encore être compétents à raison du lieu du contrat (*forum contractus*) ou du délit (*forum delicti*) comme d'accords des parties (*forum prorogatum*). Le *forum rei sitae* n'a été admis en matière réelle que par le droit post-classique. Cf. par ex. Bethmann-Hollweg, 1, §§ 72-75.

2. L'origine et l'antiquité de la juridiction municipale sont controversées. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 463-466. Sur la limitation de cette juridiction à la juridiction proprement dite et seulement jusqu'à une certaine somme (loi Rubria cc. 21. 22 ; Paul, *Sent.*, 5, 5 *a*, 4) et à l'exclusion de certaines actions (procès de liberté actions infamantes : Isidore, *Orig.*, 15, 2, 10 ; cf. le fr. d'Este, *Textes*, p. 79), v. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 466-469 ; Lenel, *Z. S. St.*, 2, pp. 36-42.

3. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 132. V. sur leurs assesseurs et sur leur conseil, Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 355 ; H. F. Hitzig, *Die Assessoren der römischen Magistrate und Richter,* 1893 ; A. Pernice, *Z. S. St.*, 14, 1894, pp. 143. 147-152. V. aussi sur leurs appariteurs, Mommsen, *Dr. publ.*, 1, pp. 380-423.

4. *Vita Marci*, 10. Cf. Pernice, *Z. S. St.*, 14, 1893, p. 158. — Naturellement il arrivait, soit à Rome, soit encore plus en province, que le magistrat ne pût pas s'occuper le jour même de toutes les causes qui lui étaient déférées. Elles étaient en conséquence inscrites sur un rôle où leur ordre était réglé d'une façon mal connue, par voie de tirage au sort, semble-t-il, en province (*sortiri dicas* de Cicéron, *In Verr.*, 2, 2, 15, 37 ; cf. p. 990, n. 2 et le commentaire de Mitteis, *C. P. R.*, I, p. 272), sinon à Rome (Servius, *Ad Aen.*, 6, 481).

termes quelconques, soit par les parties, soit par leurs représentants (car on peut désormais plaider pour autrui), et dont le magistrat tirera les conséquences qui lui paraîtront convenables, soit sur le point de savoir s'il y a lieu à procès, soit sur la façon de l'organiser.

Le demandeur indique à l'adversaire et au magistrat (*editio actionis* ; *postulatio actionis*)[1] l'action qu'il demande et qui peut désormais être soit une action civile comme au commencement, soit une action prétorienne[2]. Il peut même dans certains cas adresser auparavant au défendeur une *interrogatio in jure* et demander ensuite une formule rédigée d'après la réponse (*actio interrogatoria*)[3]. Enfin nous remarquerons de suite qu'il peut encore, après avoir indiqué l'objet du procès au défendeur et au lieu d'en demander la formule au magistrat, déférer à l'adversaire un serment que celui-ci est, à peine d'être réputé jugé, tenu de prêter ou de référer (*jusjurandum necessarium*), dans toutes les actions d'après l'opinion commune, seulement en matière de *condictio certae pecuniae* ou *certae rei* et de quelques actions similaires dans une doctrine que nous croyons meilleure[4].

1. *D.*, 2, 13, *De ed.*, 1, *pr.* Cicéron, *In Verr.*, 2. 3, 65, 152. On considère en général comme se rapportant à cela l'édit *de edendo*. Mais M. Lenel, *Z. S. St.*, 15, 1894, pp. 385-358, *Edictum*, p. 60 (*Ed.*, 1, p. 68), a indiqué de sérieuses raisons de le rapporter à une *editio* imposée par le préteur au demandeur avant l'*in jus vocatio* qu'elle précède en effet sur l'Album (*Textes*, p. 140, nos 9 et 11) et alors distincte tant de notre *editio* faite *in jure* après l'*in jus vocatio* que naturellement de celle faite au moment de la *litis contestatio* (p. 1027, n. 4). V. la bibliographie de Wenger dans Pauly-Wissowa, 5, 2, 1905, v° *Editio*.

2. Ce peut même être, faut-il bien remarquer, non seulement une action prétorienne promise dans l'édit, mais une action prétorienne qu'on demande au magistrat d'accorder sans édit préalable ; cf. sur ces actions, désignées par excellence du nom d'actions *in factum* par opposition aux *actiones proditae*, *vulgares* (Papinien, *D.*, 19, 5, *De P. V. A.*, 1, *pr.* ; Pomponius, *D.*, *h. t.*, 11, *pr.*), Wlassak, *Edict und Klageform*, 1882, pp. 111-113 ; Erman, *Z. S. St.*, 13, 1892, pp. 202-203.

3. *D.*, 11, 1, *De interrog. in jure*. Cf. Demelius, *Confessio in röm. Civilprocess*, 1880, pp. 245-344. Lenel, *Edictum*, §§ 53. 58. Les deux cas les plus nets sont celui où, avant d'intenter une action noxale, on demande au défendeur s'il a l'auteur du délit *in potestate* (cf. p. 693, n. 3) et celui où, avant d'intenter une action qu'on avait contre un défunt, on demande à quelqu'un *an heres sit et ex quota parte* (p. 892). La réponse du défendeur le lie quand bien même elle serait contraire à la vérité (*D.*, *h. t.*, 11, 1). Si au contraire il a refusé de répondre sans juste motif (*D.*, *h. t.*, 11, 4) ou s'il a faussement nié ou diminué l'étendue de sa responsabilité, il est tenu pour le tout, bien qu'il ne soit héritier que pour partie, au cas d'action héréditaire (*D.*, *h. t.*, 11, 3. 4), sans possibilité d'abandon noxal, au cas d'action noxale (*D.*, 9, 4, *De N. A.*, 22, 4). Les conséquences juridiques de ces interrogations paraissent avoir été exprimées parfois par une *praescriptio* mise en tête de la formule, parfois par une exception donnée au défendeur qui conteste les faits (v. *D.*, 22, 3, *De prob.*, 18, 2). Cf. Lenel, *Edictum*, p. 144 (*Ed.*, 1, pp. 267-268). *Z. S. St.*, 20, 1899, pp. 1-11 et pour les actions noxales, Girard, *N. R. H.*, 1887, pp. 447, n. 1, 427, n. 2. On discute s'il faut rapporter à une véritable *interrogatio in jure* l'obligation d'*edicere utrum pro possessore an pro herede possideat* imposée au possesseur d'après une constitution d'Arcadius et Honorius (*C.*, 3, 31, *De H. P.*, 11 ; mieux *C. Th.*, 11, 39, *De fide test.*, 12) étudiée par ex. par les auteurs cités, p. 917, n. 1.

4. Cette limitation se manifeste clairement, quand l'on sépare les deux massifs de

Quant au défendeur, en laissant de côté le cas de serment nécessaire, il peut prendre, en face de la demande, à peu près les mêmes partis qu'au temps des Actions de la loi : ou bien s'exécuter en donnant au demandeur sans procès ce qu'il demande ; ou bien contester la prétention de manière à provoquer un procès ; ou bien ne faire ni l'un ni l'autre, ne pas exécuter tout en ne contestant pas, soit qu'il fasse une *confessio in jure* expresse, soit qu'il ne se défende pas *uti oportet*. Mais, s'il n'y a pas de changement sensible pour le cas où il prend le premier parti, il y en a beaucoup pour les deux autres.

Il y en a d'abord un considérable au point de vue du fond, quant à la manière dont il peut contester la demande, par suite de l'introduction des exceptions. La règle de l'unité de question a disparu. Le défendeur peut contester la prétention du demandeur, non plus seulement en niant le droit allégué par lui, mais en lui opposant un droit rival qu'il soutient devoir le neutraliser : à côté de la première question posée par le demandeur, il peut en poser une seconde par l'exception, en face de laquelle le demandeur pourrait en poser une troisième par une réplique et ainsi de suite.

Il y a aussi eu, croyons-nous, un changement important dans le mécanisme de la procédure, au point de vue de l'effet de la *confessio in jure*. Sous les Actions de la loi, celui qui fait *confessio in jure* ou qui ne se défend pas *uti oportet* est, sans distinction, réputé *judicatus* et on admet souvent qu'il en est de même sous la procédure formulaire. Mais cependant, sous les Actions de la loi, la *confessio in jure* et les actes équivalents donnaient en principe au demandeur la même satisfaction que lui eût donnée par exemple le jugement rendu sur un *sacramentum* :

textes de *D.*, 12, 2, *De jurejurando* signalés p. 611, n. 4. Le serment déféré *in jure* par une partie à l'autre apparaît exclusivement comme déféré par le demandeur au défendeur (Ulpien, *D.*, *h. t.*, 34, 6. 7 : Lenel, 762) et uniquement dans la *condictio certae pecuniae* dans la *condictio triticaria* (*D.*, *h. t.*, 34, *pr.*) et dans les actions *operarum* (*D.*, *h. t.*, 34, *pr.*) et *pecuniae constitutae* (p. 615, n. 6) qui en sont étroitement parentes (p. 504, n. 6 ; p. 613, n. 4). Et sa délation, comme on l'a vu au même lieu, a pour effet de dispenser du procès en mettant le défendeur dans la même situation que s'il avait été absous, quand il le prête, et dans la même situation que s'il avait été condamné, quand il ne le prête ni ne le réfère. M. Debray, *N. R. H.*, 1908, pp. 125-160. 334-368. 437-461, a, sans contester la distinction des deux massifs de textes mise en lumière par Demelius, contesté l'assimilation faite par lui du défendeur qui a fait le serment nécessaire au *judicatus*. C'est à tort, à notre sens. — On ne confondra pas avec ce serment portant sur le droit, qui ne peut être exigé que dans certaines actions, le *jusjurandum calumniae*, portant sur le point de savoir si l'on plaide de bonne foi, qui peut être déféré par le demandeur au défendeur dans tous les procès où celui-ci n'est pas déjà exposé à la peine d'une *restipulatio*, à moins que le défendeur ne préfère se réserver certaines actions en recours (Gaius, 4, 176 ; v. p. 1057, n. 3), mais qui doit être relevé ici parce que celui à qui on défère le serment nécessaire peut se dispenser de le prêter ou de le référer en déférant le *jusjurandum calumniae*, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 34, 4 ; 37. Cf. Hitzig, dans Pauly-Wissowa, 3, 1, 1897, v° *Calumnia*, Mommsen, *Droit pénal*, 2, pp. 58, n. 1. 180, n. 4.

dans un cas comme dans l'autre, son droit était rendu certain, sans d'ailleurs être plus soustrait dans un cas que dans l'autre à la nécessité d'une procédure de liquidation accessoire, s'il ne consistait pas en argent ; or, il n'en est plus de même sous la procédure formulaire où, par suite de l'universalité des condamnations pécuniaires, le jugement ne rend pas seulement le droit certain, mais le liquide en argent. La *confessio* n'équivaut plus au jugement qu'à condition de porter sur une somme d'argent, sur une créance d'argent, et nous croyons, en effet, que, dans la pureté du système formulaire tel qu'il a fonctionné au moins jusqu'à Marc Aurèle, la *confessio* n'équivaut au jugement que quand c'est une *confessio certae pecuniae*, qu'en dehors de là, celui qui avoue ou ne dit rien n'est pas dispensé en matière personnelle de donner son concours au procès et, s'il ne le fait pas, est soumis aux mêmes voies de contrainte que celui qui empêche la liaison du procès en se cachant [1].

Pour le magistrat, c'est à lui de décider s'il accordera l'action sollicitée par le demandeur, l'exception réclamée par le défendeur, plus lar-

1. Cf. Demelius, *Confessio*, pp. 111-204 ; Giffard, *Confessio in jure*, pp. 53-155. La distinction est déjà faite très nettement, dès les premiers temps du système formulaire, par la loi Rubria, cc. 21-22. Le c. 21 permet l'exécution sur la personne comme s'il y avait jugement contre celui qui est *confessus* ou qui refuse de défendre ou qui ne répond pas sur une action *certae creditae pecuniae* de la compétence des magistrats municipaux. Au contraire, le c. 22 prescrit de renvoyer l'affaire devant les magistrats de Rome, seuls compétents pour la saisie et la vente des biens de l'*indefensus*, quand c'est sur une autre action que le défendeur a fait une *confessio incerti* ou ne s'est pas défendu ou a refusé de répondre (v. pour la distinction difficile et importante des membres de phrases, Demelius, pp. 129-132 ; Giffard, pp. 62-75). C'est donc que, dans le premier cas, la *confessio* dispense de défendre au procès, tandis que, dans le second, il faut contraindre malgré elle le défendeur à y répondre. La même distinction entre le *confessus certae pecuniae* qui est assimilé au *judicatus*, et celui qui a fait une autre *confessio*, une *confessio incerti*, qu'on doit forcer à défendre au procès par *missio in possessionem*, paraît se retrouver au temps des Sévères dans un texte corrompu d'Ulpien, *D.*, 42, 2, *De confessis*, 6, *pr.* : *Certum confessus pro judicato erit, incertum non erit*, 1 : *Si quis incertum confiteatur... urgueri debet ut certum confiteatur.* Mais d'après le même texte, cela fut changé par une *oratio Marci*, probablement relative à la procédure extraordinaire, qu'on essaya peut-être d'étendre à la procédure formulaire dès avant sa disparition. Cf. Lenel, 2277 ; Demelius, *Confessio*, pp. 159-163 ; Pernice, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 162-166 ; Giffard, pp. 168-181. *N. R. H.*, 1905, pp. 449-476 et en sens différent Collinet, *N. R. H.*, 1905, pp. 179-194. — Il faut naturellement séparer du système général de la *confessio*, soit les *actiones interrogatoriae* données à la suite d'*interrogationes in jure* (p. 1019, n. 3), soit les actions *confessoriae* en évaluation (*D.*, 9, 2, *Ad leg. Aq.*. 23, 10. 25, 1. *Collatio*, 2, 4, 1. 12, 7, 1 ; cf. Segré, *Mélanges Girard*, 2, pp. 511-519. 551-557) qui étaient depuis longtemps signalées comme étant données pour éviter la peine du double de l'*infitiatio* au cas de délit de la loi Aquilia (p. 421, n. 3 ; cf. Lenel, *Edictum*, pp. 194-196 : *Edit.* 1, pp. 227-230) et peut-être d'action *ex testamento* (p. 623, n. 2 ; cf. *D.*, *h. t.*, 3 ; Demelius, p. 192, n. 2 ; Giffard, p. 164 et ss.) et qui paraissent aujourd'hui plus largement se rencontrer dans tous les cas où *lis infitiando crescit in duplum*, donc aussi dans le cas des actions *judicati* et *depensi* d'après la démonstration de M. Wenger, *Actio judicati*, 1901, pp. 21-96, généralisée par M. Thomas, *N. R. H.*, 1903, pp. 579-596, et fondée particulièrement sur la terminologie des sources et sur Ulpien, *D.*, 44, 1, *De except.*, 2, 4.

gement s'il délivrera la formule et dans quels termes[1]. Mais cela n'empêche pas son activité de dépendre toujours jusqu'à un certain point de la conduite des parties.

Il ne délivrera pas de formule et un demandeur raisonnable n'en sollicitera pas, quand ce demandeur se trouve déjà avoir obtenu le résultat qu'il eût tiré d'un jugement, non seulement quand il a été satisfait, mais quand il a déféré, sur une action le comportant, un serment nécessaire qui n'a pas été prêté, quand le défendeur a fait une *confessio certae pecuniae* ou a refusé de défendre régulièrement à une action *certae pecuniae*[2]. Le magistrat ne délivrera pas non plus de formule, quand il est certain d'avance que cette délivrance ne servirait à rien au demandeur, aboutirait à l'absolution du défendeur, ainsi quand le demandeur a déféré un serment qui a été prêté, ainsi quand il demande la formule d'une action aux conditions de laquelle il ne satisfait certainement pas, quand le défendeur a demandé une exception dont l'application est certaine[3]. Enfin il n'en délivrera pas davantage dans certains cas où il statue

1. Cf. R. Schott, *Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Civilprozess*, 1903 ; *Römischer Zivilprozess und moderne Prozesswissenschaft*, 1904, et les observations de Bekker, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 343-374, sur le premier ouvrage.

2. La loi Rubria, c. 21, assimile au *judicatus* non seulement le *confessus*, mais celui qui ne répond pas ou qui ne se défend pas *uti oportet*. L'édit du préteur prescrit, dans la même rubrique, l'exécution sur la personne du *certae pecuniae confessus* et de celui qui ne se défend pas convenablement sur une action *certae pecuniae*. Cf. Lenel, *Edit*, 2, pp. 144-145, et *Edictum*, éd. 2, pp. 394-395. Cela s'appliquera par ex. à celui qui refusera de fournir la *sponsio tertiae partis*, qui refusera de concourir à la nomination du juge, à la *litis contestatio*.

3. Il faut remarquer d'ailleurs que le magistrat peut fort bien, aux premiers temps de la procédure formulaire, n'avoir pas renvoyé au juge sous forme d'exception, même quand il y avait contestation, l'examen de la contre-prétention formulée par le défendeur. Très probablement, le magistrat s'est d'abord servi là du droit, qu'il n'avait pas à notre sens auparavant, mais qu'il avait acquis depuis la loi Aebutia de *denegare actionem*, ou, pour parler la langue des textes, de *non dare actionem*. Cette supposition défendue dans un travail de M. Wlassak, publié *Z. S. St.*, 33, 1912, pp. 81-159 et auparavant en partie *Mélanges Girard*, 2, pp. 615-644, est très fortement appuyée par l'observation que les dispositions de l'édit en vertu desquelles on a donné plus tard des exceptions ne disent pas : *exceptionem dabo*, comme elles disent : *judicium dabo, actionem dabo*, mais *judicium non dabo, actionem non dabo*. Elle l'est aussi par le rôle visible que la *praescriptio pro reo* joue comme intermédiaire entre le refus d'action et l'exception. Le magistrat a sans doute commencé, quand le défendeur invoquait contre la demande de formule faite par le demandeur une fin de non-recevoir indépendante, par procéder, en personne ou par délégation, à un examen à la suite duquel il décidait, le cas échéant, un refus d'action qui empêchait le défendeur d'être poursuivi, mais qui, puisqu'il n'y avait pas de *litis contestatio*, ne produisait pas à son profit sur la demande, l'effet extinctif produit par la *litis contestatio* et le jugement, qui n'entraînait pas non plus chose jugée. Plus tard il prit l'habitude de donner dans les mêmes hypothèses, pour ne pas vérifier lui-même les faits exécutés, la formule réclamée par le demandeur, en insérant en tête une *praescriptio* sur laquelle c'est le juge qui statue au lieu de lui, mais dont la justification n'entraînera pas plus que ne faisait auparavant son refus d'action, l'extinction du droit du demandeur et l'autorité de la chose jugée, car précisément elle a pour effet de faire considérer la demande comme n'ayant jamais été intentée quand le fait qu'elle

lui-même sur des causes déterminées de rejet de la demande au lieu de les soumettre au juge par voie d'exception[1].

Mais, ce qui est bien plus remarquable et parfois méconnu, il ne délivre pas non plus d'action, quoique le demandeur en ait besoin et y ait droit, quand le défendeur refuse à l'organisation de l'instance un concours dont on ne peut se passer. Le défendeur sera, comme le *confessus incerti*, l'objet de mesures de contrainte ; mais jusqu'à ce qu'il ait cédé, il n'y aura pas de délivrance de formule ; la délivrance de for-

visait est vérifié par le juge et que, par conséquent, la condition à laquelle était subordonnée la *litis contestatio* a fait défaut (p. 1046, n. 2 ; v. la bibliographie et une doctrine différente chez Pissard, *Les questions préjudicielles*, 1907, pp. 111-123). C'est seulement ensuite que s'est introduite l'exception, certainement plus récente que la *praescriptio* (p. 1047, n. 2), dont l'insertion dans la formule et la vérification n'empêchent pas que le droit allégué par le demandeur soit éteint par la *litis contestatio* et la sentence et qu'il y ait jugement sur lui.

1. Nous pensons ici surtout aux cas d'incompétence (p. 1018, n. 1) et de questions préjudicielles. Un texte du Digeste (*D.*, 2, 8, *Qui satisd. cog.*, 7, *pr.* ; cf. *D.*, 5, 1, *De jud.*, 50, 1-2 ; 52, 3) et des constitutions impériales récentes parlent de *praescriptio fori* en matière d'incompétence. On trouve pareillement citées, comme servant à faire écarter des procès en préjugeant d'autres, les exceptions (ou prescriptions : Gaius, 4, 133) *extra quam in reum capitis praejudicium fiat*, pour faire exclure le procès civil préjugeant un procès criminel capital (Cicéron, *De inv.*, 2, 20, 59), *quod praejudicium non fiat hereditati* (Gaius, 4, 133 ; *D.*, 10, 2, *F. E.*, 1, 1 ; *D.*, 44, 1, *De exc.*, 13, etc.) pour exclure l'action particulière préjugeant la pétition d'hérédité, *praedio* (*D.*, 44, 1, *De exc.*, 16), *fundo parti ve ejus* (*D.*, 44, 1, *De exc.*, 18), pour exclure l'action relative à une servitude préjugeant celle relative à la propriété et on les a longtemps considérées comme des applications d'un principe général, posé notamment, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 54, selon lequel le défendeur aurait eu une exception pour repousser la demande toutes les fois qu'elle préjugeait un litige d'ordre supérieur, que ce fut à raison du rang du tribunal ou de la nature du procès ou de son objet. Mais cependant il est sûr que c'est le magistrat qui statue en personne sur sa compétence (*D.*, 5, 1, *De jud.*, 2, 6 ; 5 ; cf. en dernier lieu R. Schott, *Gewähren d. Rechtsschutzes*, pp. 25-27) et il n'est pas douteux qu'il le fait aussi très souvent en matière de questions préjudicielles. L'ouvrage fondamental de Buelow, *Die Lehre von den Processeinreden*, 1868, paraît en effet avoir établi définitivement que le point de savoir si un procès devait être écarté comme en préjugeant un autre était fréquemment tranché sans délivrance d'exception par un décret du magistrat, tandis que l'exception se rencontre exclusivement dans nos trois exemples dans le premier desquels elle a d'ailleurs disparu dès avant la codification de l'édit de Julien (Lenel, *Edictum*, §§ 52. 274) et qu'elle est même loin d'y avoir un empire exclusif. Le point délicat est de savoir comment déterminer pour ces trois cas les domaines respectifs de l'exception et du décret du magistrat. M. de Buelow s'est appuyé sur un rapprochement ingénieux de textes (*D.*, 44, 1, *De exc.*, 3, opposé à *D.*, 5, 3, *De H. P.*, 7 ; *D.*, 10, 2, *F. E.*, 1, 1, opposé à 51, 1) pour soutenir qu'il y aurait exception ou décret selon que le procès prépondérant serait seulement en perspective ou déjà intenté. M. de Velsen, *Die Exceptiones praejudiciales*, 1896, a soutenu que l'exception fonctionnerait seulement quand le procès critiqué empiéterait sur la compétence des *quaestiones perpetuae* pour le premier cas, sur celle des centumvirs pour le second et le troisième. Mais cette dernière doctrine, pour laquelle nous inclinons, soulève des objections (v. Oertmann, *K. V. I.*, 39, 1896, pp. 386-392) qu'il faudrait écarter et la distinction proposée par M. de Buelow, outre qu'elle s'appuie sur une opposition de textes un peu artificielle, ne semble pas rationnellement tout à fait satisfaisante (v. Bekker, *Aktionen*, 1, pp. 380-381 ; Wach sur Keller, p. 213, n. 491). Cf. Pissard, *Les questions préjudicielles*, Thèse Paris, 1907.

mule suppose un accord de volontés, obtenu au besoin par une pression, mais un accord de volontés, en l'absence duquel le procès ne peut se lier. Ce caractère conventionnel, contractuel[1], de la procédure régulière romaine ne permet pas qu'un procès se lie par défaut. Il ne permet pas davantage que le procès se lie avec un individu qui refuse de concourir à sa liaison régulière, notamment en ne se conformant pas aux règles établies pour les deux actes dont il nous reste à parler ici, l'administration des cautions et la nomination du juge.

Les cautions exigées des parties dans certains procès, qui doivent être fournies devant le magistrat avant la délivrance de la formule, sont dues tantôt par le demandeur et tantôt par le défendeur : par le défendeur toujours sur les actions réelles, exceptionnellement sur certaines actions personnelles ; par le demandeur dans des cas qui se rapportent au système de la représentation judiciaire[2]. Alors leur administration est une condition de la liaison du procès, de la délivrance de la formule. Si le demandeur qui en doit une ne la fournit pas, l'action lui est refusée. Si c'est le défendeur, il en est puni par le transport de la possession du bien au demandeur au cas d'action réelle[3] ; par les mêmes moyens de contrainte que celui qui se cache au cas d'action personnelle (sauf au cas d'action *certae pecuniae* où il serait réputé *judicatus* comme le *certae pecuniae confessus*)[4]. Mais il n'y a pas de procès, pas de délivrance de formule.

De même pour la nomination du juge. Les juges, qui dans notre procédure sont toujours de simples particuliers, peuvent être des jurés uni-

1. Cf. *D.*, 15, 1, *De pec.*, 3, 11 (p. 716, n. 4).

2. Gaius, 4, 88-102. Nous retrouverons, p. 1027 et ss., les cautions dues par celui qui plaide *alieno nomine*. Quant à celui qui plaide *suo nomine*, il ne doit jamais de caution avant Justinien, quand il est demandeur (Gaius, 4, 96.100) ; s'il est défendeur à une action réelle, il doit toujours une *satisdatio*, qui est, selon la forme du procès, soit la *satisdatio judicatum solvi*, soit la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* (Gaius, 4, 89.91 ; cf. p. 353, n. 2) ; s'il est défendeur à une action personnelle, il doit la *satisdatio judicatum solvi* seulement par exception (Gaius, 4, 102), soit *propter genus actionis* (actions *judicati*, *depensi*, *de moribus mulieris* ; Gaius, 4, 169, ajoute le *judicium fructuarium* : p. 1078, n. 3), soit *propter personam, quia suspecta sit*, à cause de sa solvabilité douteuse (quand il y a eu ou qu'il y a contre lui une procédure de saisie, quand c'est un héritier qui paraît suspect au préteur).

3. Intervention directe du préteur en matière de meubles (p. 347, n. 4 *in fine*). Interdits *quem fundum* en matière de revendication immobilière (p. 347, n. 4). *quam hereditatem* en matière de pétition d'hérédité (fr. de Vienne, 4 : *Textes*, p. 489 ; cf. Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 45, 116), *quem usumfructum*, en matière d'usufruit et *quam servitutem* en matière de servitudes prédiales (p. 388, n. 1).

4. V. pour le cas d'*actio certae creditae pecuniae*, la p. 1022, n. 2. Pour les autres actions, la loi Rubria, c. 22, met sur la même ligne le *confessus*, celui qui ne se défend pas *uti oportet* et celui qui ne répond pas. V. aussi Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 52 : *Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.*

ques (*judices, arbitri*[1]), que les parties choisissent à leur gré si elles sont d'accord[2], qui sans cela sont tirés d'une liste (*album judicum*) dont la composition a varié avec les mouvements politiques, d'abord la liste du sénat, puis la liste des chevaliers, puis une liste mixte composée à la fois de sénateurs, de chevaliers et de *tribuni aerarii* ; sous l'Empire, quatre classes, puis cinq graduées selon la fortune[3]. Ce peuvent aussi être des récupérateurs en nombre multiple[4]. Et les procédés de nomina-

1. V. p. 993. La distinction des *judices* en *judices* et en *arbitri* gagne un nouveau champ d'application par suite de la création d'actions nouvelles, notamment des *judicia bonae fidei*, qui sont considérés comme des *arbitria* (par ex. dans Cicéron, *De off.*, 3, 17, 70 : p. 534, n. 2), et c'est à notre époque qu'on rencontre le texte principal, Cicéron, *Pro Rosc. com.*, 4, sur lequel on a voulu fonder une opposition radicale des deux sortes d'actions (cf. par ex. Keller, §§ 7. 17). Mais les textes mêmes de Cicéron et celui de Gaius, 4, 62, prouvent de nouveau que ces *arbitria* sont en même temps des *judicia*.

2. Il est alors seulement nécessaire que les juges satisfassent à certaines conditions générales de capacité. Cf. par ex. Paul, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 12, 2.

3. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, pp. 131-144 ; p. 490, n. 1. Les grandes dates sont : la loi de C. Gracchus de 632 transportant les fonctions de jurés aux chevaliers ; la restitution de ces fonctions au Sénat par L. Cornelius Sulla en 673 ; la loi de 684 du préteur Aurelius Cotta, créant trois décuries de jurés composées d'abord de sénateurs, de chevaliers et de *tribuni aerarii*, de chefs de tribus, c'est-à-dire de notables ayant le cens équestre (cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 1, pp. 212-221), puis, après l'exclusion des *tribuni* par César, exclusivement de chevaliers et de sénateurs ; enfin la création par Auguste d'une quatrième décurie, et par Caligula d'une cinquième décurie de gens ayant un cens moindre pour les affaires civiles moins importantes. Il y avait aussi en province des décuries dans lesquelles se prenaient les jurys lors du *conventus* (Cicéron, *In Verr.*, 2, 3, 11, 28. 59, 136).

4. V. p. 994, n. 4. L'intervention des récupérateurs qui nous paraissent n'être pas tirés dans cette période de l'*album judicum*, n. 3 (v. par ex. l'*oratio Claudii*, *Textes*, p. 134, qui propose d'exiger d'eux l'âge de vingt-cinq ans avant lequel on n'était pas inscrit sur les listes), présentait surtout l'avantage d'une célérité plus grande (Cicéron, *De inv.*, 2,20,60. Pline, *Ep.*, 3, 20, 9, etc.) assurée sans doute en particulier par la soustraction des procès qui leur étaient déférés au système du *rerum actus* (p. 995, n. 3), mais aussi par d'autres règles particulières plus ou moins générales relatives à la citation et au nombre des témoins (Valerius Probus, 5, 8, *Textes*, p. 217 ; loi Julia Agraria, c. 5, *Textes*, p. 71 ; loi de Genetiva, c.95, *Textes*, p. 97 ; édit de Venafrum, *Textes*, p. 186 ; Cicéron, *Pro Caecina*, 8, 28) et au délai dans lequel devait être rendue la sentence (loi de la colonie Genetiva, c. 95, et déjà alliance latine de 261 dans Denys, 6,95). — Quant à leur compétence, les textes doivent être étudiés distributivement pour chacun des domaines alors très multiples entre lesquels se répartit leur activité ; car on ne peut par ex. tirer de conclusions pour leur compétence dans les procès civils organisés entre citoyens à Rome, des textes où ils figurent dans des procès administratifs (loi agraire de 643, ligne 37 ; loi agraire de 695, c. 5 ; édit sur l'aqueduc de Venafrum, etc.), ni dans des procès civils où figurent des pérégrins, car ils continuent à y être les jurés de droit commun, s'ils n'y excluent plus l'*unus judex* (Gaius, 4, 37), ni même dans des procès entre citoyens organisés dans les municipes (loi *de Gallia cisalpina*, c. 21, *in fine* ; fr. d'Este ; loi de la colonie Genetiva, c. 95), car nous ne savons si leur domaine y est le même qu'à Rome, ou par les gouverneurs dans les provinces, car ils y sont les jurés de droit commun (Gaius, 1, 20) et y statuent certainement entre citoyens sur des procès réservés à Rome à l'*unus judex* (Cicéron, *In Verr.*, 2, 3, 65, 152, action *metus*) sans d'ailleurs y exclure entièrement l'*unus judex* pas plus dans les procès entre citoyens (Cicéron, *In Verr.*, 2, 3, 59,

tion restent toujours en principe, la proposition d'un des plaideurs acceptée par l'autre pour l'*unus judex*, la *sortitio* par le magistrat et les récusations des parties pour les récupérateurs, peut être avec une tendance progressive de la *sortitio* à remplacer l'autre procédé [1]. Mais, pour les deux, il faut le concours des deux parties. Si le défendeur refuse le sien, il sera tenu pour *judicatus* dans les créances de sommes d'argent ; dans les autres actions, il sera soumis aux moyens de contrainte établis contre les *indefensi* ; mais l'action ne sera pas délivrée tant qu'il résistera.

III. *Litis contestatio*. — Quand au contraire les parties ont fait tout ce qu'il convient pour lier le procès, le magistrat, qui ne peut statuer lui-même en vertu du principe de division, rédige et délivre la formule nommant le juge [2] et lui indiquant sa tâche sous forme conditionnelle, lui disant de vérifier si quelque chose existe, ordinairement de condam-

135), que dans ceux où figurent des pérégrins (Cicéron, *In Verr.*, 2, 3, 14, 31). A nous en tenir aux procès civils agités à Rome entre citoyens et sans prétendre dresser une liste absolument complète, la compétence des récupérateurs est notamment attestée : en matière de *damnum vi datum* et de *rapina* (Cicéron, *Pro Tullio*), où ils ont sans doute passé de l'édit du préteur pérégrin dans celui du préteur urbain (p. 424, n. 4), en matière d'injures corporelles (Aulu-Gelle, 20, 1, 13, p. 410, n. 5) en vertu d'un passage analogue (p. 411, n. 1), mais seulement, croyons-nous, jusqu'à la loi Cornelia qui abolit l'action privée d'injures en matière d'injures corporelles (p. 411, n. 4 ; cf. *Mélanges Gérardin*, pp. 255-282) ; en matière d'infraction à la loi latine de Bantia (*Textes*, p. 30) ; dans certains cas d'interdits (Gaius, 4, 141 ; Cicéron, *Pro Caecina* ; v. p. 1077, n. 1) et de *vadimonium* (Gaius, 4, 185) ; dans l'action donnée contre l'affranchi qui a cité son patron *in jus* sans l'autorisation du magistrat (Gaius, 4, 46) et probablement dans tout ou partie des autres actions pénales relatives à l'*in jus vocatio* (Valerius Probus, 5, 8, avec mes explications, *Mélanges*, 1, pp. 195-197) ; dans l'action prétorienne *sepulchri violati* (*D.*, 47, 12, *De sep. viol.*, 3, 8) ; en matière de *causa liberalis* (*oratio* de Claude, *Textes*, p. 134 ; Suétone, *Domitianus*, 8 ; *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 38 ; v. Girard, *Mélanges Gérardin*, p. 276). — C'est une question de savoir si, dans tout ou partie de ces cas comme dans d'autres encore, le renvoi de l'affaire au *judex* ou aux récupérateurs ne dépendait pas soit de la volonté du magistrat (v. en ce sens Eisele, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, 1896, p. 61 ; Mommsen, *Droit pénal*, 1, p. 206), soit même de celle des parties (v. en ce sens Wlassak, *Processgesetze*, 2, pp. 310-324). A notre avis, il existe de la première pratique des traces peu nombreuses, au reste surtout relatives aux provinces (v. par ex. Cicéron, *In Verr.*, 2, 3, 58, 135) et la seule mention qui se rencontre de la seconde (Cicéron, *In Verr.*, 2, 3, 14, 35) se rapporte à une institution locale sicilienne.

1. Cf. Frontin, 43, 22 (p. 645, n. 1) ; Pline, *N. H.*, *Praef.*, 6 ; Sénèque, *De benef.*, 3, 8, 1.

2. On considère communément l'institution du juge comme résultant de l'inscription de son nom en tête de la formule. Cependant on a soutenu, soit que le juge recevrait du magistrat une instruction distincte l'invitant à juger (*judicare jubere* : Wlassak, *Prozessgesetze*, 2, p. 55, note 10 ; v. *lex de Gallia Cisalpina* ; *lex coloniae Genetivae*, c. 95 ; *D.*, 48, 11, *De leg. Jul. rep.*, 7, *pr.*), soit même que la formule ne contiendrait pas le nom du juge qui serait ultérieurement désigné par les parties (Lenel, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 337-339). La dernière idée nous paraît en contradiction avec la structure même de la formule. Cf. Schott, *Römischer Zivilprozess u. moderne Prozesswissenschaft*, 1904, pp. 45-46. Koschaker, *Translatio judicii*, 1905, pp. 317-318. Duquesne, *Translatio judicii*, pp. 225-232. La première au contraire s'accorde très bien avec la marche générale de la procédure où le juge serait ainsi informé de sa mission précisément par la réception

ner si elle existe et d'absoudre au cas contraire. C'est la fin de son rôle. Et c'est aussi alors que se produit la *litis contestatio* dont il faut préciser les formes et les effets[1].

1. *Formes*. La *litis contestatio* qui, d'après son nom, est une prise à témoins qui, d'après un texte de Festus (p. 992, n. 1), paraît même avoir été accompagnée de cette prise à témoins sous la procédure formulaire, est désignée par des textes comme le moment où la *lis* est *inchoata*, où le *judicium* est *acceptum* et les interprètes l'appellent aussi du nom suggéré par d'autres textes de *novatio necessaria*, à cause de sa ressemblance avec la novation[2]. Elle se rattache certainement à la délivrance de la formule, à sa réception. Seulement l'opinion la plus répandue admet qu'elle résulte de cette délivrance faite par le magistrat au demandeur, que le *judicium* est *acceptum* par le demandeur du magistrat[3]. Suivant une doctrine préférable, dans laquelle elle est l'expression dernière du concours de volontés nécessaire pour la liaison du procès, le *judicium* est *acceptum* par le défendeur du demandeur et la *litis contestatio* n'a lieu qu'au moment où le défendeur accepte du demandeur la formule déjà rédigée par le magistrat[4].

de l'ordre du magistrat lui prescrivant de statuer sur le procès dont ce magistrat lui enverrait la formule établie par l'accord des parties.

1. Cf. Keller, *Ueber Litiscontestation und Urtheil*, 1827 ; Bekker, *Processualische Consumtion*, 1853. *Z. S. St.*, 15, 1894, pp. 377 et ss. 24, 1903, pp. 361-368. 27, 1906, pp. 1-45. P. Krueger, *Processualische Consumtion*, 1864. Gradenwitz, *Aus römischem und bürgerlichem Recht*, 1907, pp. 383-410 ; Hanz Buss, *Die Form der Litiscontestatio im klassischen römischen Recht*, 1907.

2. *Judicium accipere* : *D.*, 10, 4, *Ad exhib.*, 7, 4. 5 ; *D.*, 5, 1, *De jud.*, 28, 2. Novation nécessaire : p. 715.

3. Cette doctrine exprimée dans l'ouvrage classique de Keller, qui a été pendant longtemps unanimement admise et qui a encore été défendue récemment par M. Hoelder, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 197-237. 31, 1910, pp. 371-385 (v. aussi en partie, Trampedach, *Z. S. St.*, 18, 1897, pp. 114-145), est en contradiction tant avec les textes très nombreux qui montrent le *judicium acceptum* par le défendeur qu'avec ceux qui représentent la *datio judicis* comme indépendante de la *litis contestatio* (*D.*, 5, 1, *De jud.*, 28, 4 ; *D.*, 1, 18, *De off. praes.*, 16).

4. Cette idée est due à M. Wlassak, *Litiscontestatio in Formularprocess*, 1889 (v. aussi le résumé du même, dans Pauly-Wissowa, 1, v° *Accipere judicium*) et a été adoptée notamment par MM. Lenel, *Z. S. St.*, 15, 1894, pp. 374-392. 24, 1903, pp. 329-343 ; Wenger, *Zur Lehre von der actio judicati*, 1901, pp. 123-124 et dans Pauly-Wissowa, 5, 2, 1905, v° *Editio* ; Schott, *Röm. Zivilprozess und moderne Rechtswissenschaft*, 1904, pp. 57-77 ; Koschaker, *Translatio judicii*, 1905, pp. 4-6. Suivant M. Wlassak, le contrat par lequel le demandeur offre (*edit*) et le défendeur accepte (*accipit*) le *judicium* serait un contrat formel consistant en une remise de la formule qui pourrait être faite de plusieurs façons selon que le demandeur en remettrait matériellement une copie au défendeur (*in libello complecti et dare*), ou lui en dicterait le texte (*dictare*), ou le lui indiquerait sur l'Album pour qu'il pût le copier lui-même (*copiam describendi facere*). M. Lenel, *Z. S. St.*, 15, 1894, croit plutôt que l'acte du demandeur consiste toujours à dicter au défendeur en présence du préteur la formule qu'il a reçue de celui-ci (*dictare* ; v. par ex. Papinien, *D.*, 15, 1, *De pec*, 50, 2 ; Ulpien, *D.*, 46, 7, *Jud. solvi*, 13, 1 ; Paul, *D.*, 9, 4, *De N. A.*, 22, 4, et les textes cités par Wlassak, p. 50) et l'acte du défendeur à accepter de plaider sur la formule dont il a ainsi reçu

2. *Effets*. Les effets de la *litis contestatio* sont très nombreux. Mais ils s'expliquent tous aisément par son caractère novatoire.

a) Elle fait naître un droit nouveau, un droit d'obtenir un jugement dont les termes sont déterminés par la formule. Et par conséquent elle fixe les éléments personnels et réels du procès, elle règle entre qui il existe et sur quoi il porte.

Quant aux personnes, celles du juge et des parties ne peuvent plus régulièrement changer : si les circonstances l'exigent, si le juge ou une partie vient à mourir, si le juge se trouve dans l'impossibilité de siéger, il y a lieu à une *translatio judicii* [1], opérée par le magistrat *cognita causa* [2].

Quant à l'objet du procès, la formule une fois délivrée ne pourra plus être modifiée que par une *in integrum restitutio* accordée par le magistrat dans le but de permettre au demandeur d'éviter les conséquences d'une *plus petitio*, au défendeur de faire insérer une exception oubliée. Sans cela le juge ne connaît que la formule et c'est aussi au moment de la formule qu'il doit se placer pour étudier la question à trancher. Il absoudra, si le droit n'était pas fondé alors, quand bien même il le serait devenu depuis. Il condamnera, si le droit était fondé alors, quand bien même il aurait cessé de l'être par la suite [3]. Et il se reportera pareillement à ce temps pour déterminer le montant de la condamnation [4].

b) La *litis contestatio*, en faisant naître le droit d'obtenir une sentence, éteint le droit antérieur et, que la sentence soit une sentence de condamnation ou d'absolution, on ne pourra plus ensuite agir à nouveau. Le droit antérieur est éteint, comme il l'était sous les Actions de la loi par l'accomplissement de la *legis actio*. Seulement, à l'époque des Actions de la loi où il n'y avait pas d'exception, le droit était toujours éteint *ipso jure*. La *litis contestatio* l'éteint tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*.

connaissance. Mais l'idée essentielle, à notre sens excellente, est que la *litis contestatio* résulte d'un accord des parties, de l'acceptation par le défendeur de la formule que le demandeur l'invite à accepter.

1. V. Alfenus Varus, *D.*, 5, 1, *De jud.*, 76. Gaius, *D.*, 9, 4, *De N. A.*, 15. Cf. P. Koschaker, *Translatio judicii*, 1905. J. Duquesne, *Annales de l'Univ. de Grenoble*, 22, 1910, pp. 202 et ss. 603 et ss. et *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio, aux mots *Translatio* et *Translatio judicii*.

2. *F. V.*, 341.

3. Ainsi en matière d'actions temporaires et intransmissibles : p. 716, n. 1 ; au cas d'usucapion par le défendeur *inter moras litis* : p. 351, n. 1.

4. En conséquence, le demandeur a droit, d'une part, à la chose telle qu'elle était lors de la *litis contestatio*, malgré les pertes et les détériorations postérieures survenues même par cas fortuit, d'autre part, à tout ce qu'il en eût tiré, s'il l'avait eue dès alors, notamment à tous les fruits qu'il aurait pu percevoir, que le défendeur les ait ou non perçus. Mais ces solutions qui ont commencé par être appliquées rigoureusement à toutes les actions tant personnelles que réelles (p. 351, n. 2), ont fini par n'être appliquées d'une manière absolue qu'à ceux qui défendaient à un procès de mauvaise foi (p. 351, n. 2 ; p. 661, n. 3), tandis que les autres étaient seulement responsables des pertes et détériorations survenues par leur faute, des fruits qu'ils avaient perçus ou qu'ils auraient pu percevoir. — On sait que la *litis contestatio* ne fait pas courir les intérêts (p. 663, n. 5).

Elle l'éteint *ipso jure*, quand l'instance constitue ce qu'on appelle un *judicium legitimum* (p. 1052), quand l'action est une action personnelle et quand la formule est une formule *in jus*. Elle l'éteint *exceptionis ope* dans d'autres cas où l'effet extinctif ne date sans doute en général que de la procédure formulaire : quand, au lieu d'être un *judicium legitimum* mis par la loi à la place de l'ancienne *legis actio*, l'instance est un *judicium imperio continens* ; quand l'action est une action *in factum* qui ne date que de l'époque de la procédure formulaire, et enfin quand c'est une action *in rem* à laquelle cela porte à croire que l'effet extinctif était étranger sous les Actions de la loi [1]. La seconde poursuite est alors exclue seulement par une exception tirée de la déduction en justice, qui peut à son tour être paralysée par une réplique, par exemple, par une réplique de dol, quand il n'y a pas eu de jugement sur la première instance [2].

SECTION II. — **Structure de la formule.**

La formule dans laquelle, à partir de la *litis contestatio*, se résume le droit du demandeur peut, selon le caractère du litige, varier elle-même à l'infini. Mais la doctrine arrive assez aisément à distinguer les élé-

1. M. Erman, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 352, n. 2, suppose, pour écarter l'argument, que les règles de la revendication intentée par formule pétitoire lui seraient venues de la procédure *per sponsionem* et non du *sacramentum*.

2. Gaius, 4, 107-108. Les conséquences générales de cette extinction sont indiquées, pp. 715-716. — Un point plus délicat à déterminer serait la mesure exacte dans laquelle cette extinction se produit au cas de pluralité de personnes ou de pluralité d'actions. Nous avons déjà dit, p. 753, n. 3, qu'elle s'applique, à notre sens, à toutes les obligations, ayant le même objet, malgré la diversité de personnes et même d'obligations, et que c'est là le fondement de la théorie de la corréalité, dans laquelle une *litis contestatio* éteint avant Justinien toutes les obligations, tandis que, dans la théorie plus récente des obligations *in solidum*, c'est seulement la satisfaction du créancier par l'un des débiteurs qui libère les autres. Il y a eu, à notre sens, un développement tout à fait symétrique en matière d'actions multiples sanctionnant le même droit au profit de la même personne. Il y a des cas où la *litis contestatio* sur une des actions éteint les autres ; il y en a d'autres plus connus où c'est seulement la satisfaction sur la première action qui écartera les autres tendant au même but ; et même, tandis que Justinien a aboli l'effet extinctif de la *litis contestatio* pour les obligations corréales passives, il n'est pas sûr qu'il l'ait fait pour les actions multiples nées du même fait au profit d'une même personne. Cf. Eisele, *Archiv*, 79, 1892, pp. 327-405 et Dernburg-Sokolowski, 1, § 125. C'est uniquement à propos de ces actions tendant au même but et ne pouvant se cumuler au moins dans leur résultat, que la terminologie la plus moderne parle de *concours d'actions* (cf. Merkel, *Konkurs der Aktionen*, 1877). Une terminologie plus ancienne parlait là de concours électif, par opposition au concours successif où une action en prépare une autre (pétition d'hérédité et action *familiae erciscundae*), et au concours cumulatif où on peut cumuler le bénéfice des deux actions (action réipersécutoire et action pénale ; actions pénales multiples nées du même fait : cf. p. 407, n. 2). Mais, dans le dernier cas, il n'y a pas concours d'actions, il y a pluralité de droits ; dans le précédent, il n'y a pas concours, mais succession d'actions.

ments par la combinaison desquels des formules peuvent être composées en deux catégories : les parties principales (*partes formulae*), qui sont, avec la nomination du juge, la *demonstratio*, l'*intentio*, l'*adjudicatio* et la *condemnatio*, et les parties accessoires (*adjectiones*)[1], qui sont surtout les exceptions et les prescriptions. Elles ne diffèrent pas en ce que les parties principales seraient dans toutes les formules, et les accessoires seulement dans certaines, mais plutôt en ce que la formule d'une action déterminée contient toujours les mêmes parties principales, tandis qu'elle peut, selon les cas concrets, contenir ou non telle ou telle partie accessoire.

§ 1. — Parties principales. — Divisions des actions.

La formule commence nécessairement par la nomination du juge unique ou multiple (*C. Octavius judex esto* ; *C. Octavius*, *M. Sempronius*, *L. Valerius recuperatores sunto*). Mais il faut non moins nécessairement qu'elle indique la question posée au juge. C'est l'objet de l'*intentio* qui, si elle compose toute la formule avec la nomination du juge, se soudera directement à elle (*judex esto an N. Negidius A. Agerii libertus sit*), qui, beaucoup plus souvent, appartiendra à une phrase distincte, prescrivant au juge de condamner le défendeur si le prétention du demandeur est justifiée, de l'absoudre au cas contraire, faisant suivre *l'intentio* (*si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oportere*) d'une *condemnatio* (*judex, condemnato, si non paret, absolvito*).

D'autre part, il est possible que l'*intentio* elle-même soit précédée d'une clause indiquant à quel titre on agit : c'est la *demonstratio*, qui portera par exemple *Quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est* et qui sera suivie de l'*intentio* : *Quidquid N. Negidium A. Agerio dare facere oportet* et de la *condemnatio* : *Quanti ea res erit, judex condemnato, si non paret, absolvito*. Enfin, dans les actions en partage et en bornage, on intercale, entre l'*intentio* et la *condemnatio*, dit-on souvent, plutôt entre la *demonstratio* et l'*intentio*, d'après l'ordre des commentaires, l'*adjudicatio : Quantum adjudicari oportet adjudicato*[2].

1. *Partes* : Gaius, 4, 39-44. *Adjectiones* : Gaius, 4, 129.

2. Gaius, 4, 39-44. C'est une question délicate et négligée de savoir si la formule est rédigée : 1° à l'impératif présent (*condemna, absolve*), ou à l'impératif futur (*condemnato, absolvito*) ; 2° à la seconde personne, en s'adressant au juré (ainsi au pluriel *estote*, *condemnate* ou *condemnatote*, *absolvite* ou *absolvitote*) ou à la troisième personne (*sunto*, *condemnanto*, *absolvunto*). Le ms. de Gaius dont les copistes n'ont eu probablement le plus souvent sous les yeux que des formules écrites en abrégé (cf. Gaius, 4, 84, où le ms. porte *c. s. n. p. a.* et les notes de Probus, *Textes*, pp. 213-220) ne fournit ni sur l'un ni sur l'autre des deux points de décision sûre ; car s'il donne *condemnato* (4, 43. 47), *absolvito* (4, 43. 51), *adjudicato* (4, 42), il donne aussi *condemna* (4, 43. 50. 51 ; v. encore le Gaius d'Autun, 111) et *absolve* (4, 43. 50) et, dans la formule d'une instance déférée aux récupérateurs 4, 46, il donne à la fois *recuperatores sunto*, à la 3e personne de

C'est à l'aide de ces quatre termes que le préteur a non seulement accompli la transposition des actions existantes en formules que lui prescrivait la loi Aebutia, mais créé toutes les actions nouvelles qu'il tira de cette loi le pouvoir d'établir. Nous pourrons donc, en les étudiant tous quatre, en étudiant en particulier l'*intentio* et la *condemnatio*, passer en revue, sauf peut-être une ou deux omissions (actions pénales, réipersécutoires ou mixtes [1]; actions populaires ou non [2]), à peu près toutes

l'impératif futur et *condemnate* à la deuxième personne de l'impératif présent. Mais l'incertitude peut être dissipée par un témoignage beaucoup plus sûr, par celui du recueil d'abréviations juridiques du contemporain de Néron et de Domitien Valerius Probus où il était dit explicitement, d'après les extraits alphabétiques, n° 65 que, dans la formule *s. n. p. a.*, *a.* veut dire *absolvito*, et n° 56, que la formule de nomination des récupérateurs était *recuperatores sunto*. Cela montre, sur la première question que, comme il est de simple logique, la formule parlait au futur d'une tâche que le juge devait accomplir dans l'avenir (*adjudicato* et non *adjudica*, *condemnato* et non *condemna*, *absolvito* et non *absolve*). Cela montre, sur la seconde question, encore plus importante, que la formule ne parlait pas au juge à la seconde personne, mais était rédigée objectivement à la troisième personne. V. en ce sens Wlassak, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 95, n. 1 et contre l'objection tirée par Lenel, *Edictum*, p. 110, n. 6, de la loi de Bantia, l. 9 et ss., J. Partsch, *Z. S. St.*, 31, 1910, p. 408.

1. V. pp. 406-408. Les principaux intérêts de cette division se présentent en matière de concours d'actions, de transmissibilité aux héritiers ou contre eux, d'effet de la *capitis deminutio*, de caractère temporaire ou perpétuel, de noxalité. Mais nous avons déjà dit la défectuosité de la distinction tripartite. Les règles ont été faites pour les actions pénales sans distinction d'actions pénales ou mixtes. — On trouvera aussi le plus nécessaire sur les actions perpétuelles ou temporaires, pp. 740-742 (v. encore les pp. 127, n. 3 ; 309, n. 1 ; 798 ; 879, n. 4 ; 892) ; sur les actions transmissibles ou intransmissibles, pp. 739-740.

2. *D.*, 47, 23, *De popularibus actionibus*. Travail fondamental de Bruns, *Kleinere Schriften*, 1, 313-375, trad. italienne de Scialoja, *Archivio*, 28-29 ; bibliographie plus récente chez Wlassak, Pauly-Wissowa, 1, p. 320. Ajouter Fadda, *L'azione popolare*, 1, 1894 ; Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 979-985 ; Th. Mommsen, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 1-12 : *Ges. Schr.*, 3, pp. 375-385. Ces actions constituent une formation juridique très intéressante qui permet au premier venu de suppléer à l'inertie volontaire ou forcée du magistrat en faisant un procès dans l'intérêt public et qui l'y intéresse par un profit personnel. Le nom convient à toutes les actions intentées dans l'intérêt du peuple ; mais, suivant la doctrine de Bruns, à la vérité contestée par Mommsen, la terminologie romaine le réserve aux actions dont le bénéfice reste au demandeur par opposition aux actions dites populaires procuratoires où ce demandeur touche seulement sur lui une simple prime. Le point de savoir si elles existent déjà sous les Actions de la loi est controversé. Il y a certainement alors des actions intentées *pro populo* : revendication où les *vindiciae* sont *pro populo*, de Festus, v° *Vindiciae* ; *manus injectio* établie en matière de voirie par l'inscription de Luceria (p. 1001, n. 2) ; *manus injectio* et *pignoris capio* établies par le sénatus-consulte *de pago Montano* (p. 1001, n. 2 ; p. 996, n. 3), *manus injectio* de Plaute (p. 995, n. 1). Mais on a prétendu qu'elles sont toutes des actions populaires procuratoires. Dans la procédure formulaire, où se place le principal développement des actions populaires au sens étroit, elles se distinguent nettement des actions populaires procuratoires dans lesquelles la condamnation est prononcée au profit du peuple. Ce sont des actions intentées par le demandeur *suo nomine* (*Bas.*, éd. Heimbach, 5, 670), où la condamnation est prononcée à son profit, qui font partie de son patrimoine après la *litis contestatio* et seulement alors et qui sont bien en principe au cas de conflit accordées à l'intéressé le plus direct, mais qui peuvent cependant lui être enlevées par un autre

les divisions des actions signalées par les jurisconsultes romains ou par les interprètes.

I. *Demonstratio.* — La *demonstratio* indique, dit-on parfois, le point de fait du procès avant le point de droit, plutôt à notre sens, la cause du droit allégué par le demandeur. Elle se rencontre seulement dans les actions personnelles incertaines[1].

II *Adjudicatio.* — L'*adjudicatio*, qui donne au juge le pouvoir de transférer la propriété, sépare de toutes les autres actions les actions *familiae erciscundae*, *communi dividundo* et *finium regundorum*, qui sont les seules où elle se rencontre[2]. Par conséquent, il est probable que c'est en sa considération que Justinien désigne assez étrangement ces trois actions comme étant *tam in rem quam in personam*[3].

III. *Intentio.* — L'*intentio*, la partie de la formule dans laquelle est exprimée la prétention du demandeur[4], celle qui ne peut faire défaut dans aucune formule[5], a été par excellence le pivot de l'œuvre à la fois transformatrice et créatrice du préteur. Le préteur a, pour toutes les anciennes actions civiles, transformé la *legis actio* en formule, l'*actio* en *judicium*, dit une terminologie vraisemblable[6], en transposant, dans cette *intentio*, à la troisième personne, les discours tenus à la première personne, par le demandeur à la *legis actio* (*Aio hunc hominem meum esse ex jure quiritium* ; *si paret hominem Stichum A. Agerii esse ex jure quiritium*, — *Aio te mihi sestertium decem milia dare oportere* ; *si pa-*

plaideur plus vigilant (*D.*, 47, 12, *De sep. viol.*, 6). Elles sont en général prétoriennes et pénales, par suite annales et intransmissibles passivement (*D.*, *h. t.*, 8), comme par ex. les actions *de albo corrupto* (*D.*, 2, 1, *De Jurisd.*, 7), *sepulchri violati*, p. 248, n. 4, *de suspensis*, p. 650, n. 1. Comme actions populaires procuratoires on peut citer alors, outre celles fort nombreuses établies par les lois municipales (cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, pp. 204-211 et l'exemple particulièrement net fourni depuis par la loi de Tarente, c. 4, *Textes*, p. 65), l'action *de termino moto*, *D.*, 47, 21, *De term. mot.*, 3, *pr.* et l'action *de testamento aperto*, *D.*, 29, 5, *Quorum test.*, 25, 2 (cf. Lenel, *Edictum*, p. 352, n. 11 : *Edit*, 2, p. 94, n. 1).

1. Gaius, 4, 40. Exemple, 4, 47 (p. 537, n. 2). La *condictio incerti* est à peu près la seule action incertaine où sa présence soit douteuse (p. 627, n. 3).

2. Gaius, 4, 42. Cf. p. 641, n. 2 ; p. 642, n. 1.

3. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 20. V. sur les systèmes, Accarias, 2, p. 893, n. 1 et Audibert, *N. R. H.*, 1904, pp. 649-687 (qui présente un système propre).

4. Gaius, 4, 41. 44. Exemples : 4, 41 (p. 1033, n. 1). 4, 136 (p. 503, n. 3). 4, 47 (p. 537, n. 2), etc.

5. Cf. cependant particulièrement pour l'action d'injures la contestation de M. Audibert, *Mélanges Girard*, 1, pp. 35-65.

6. Cette opposition entre les noms d'*actio* réservé aux anciennes Actions de la loi et de *judicium* donné aux nouvelles formules a été particulièrement mise en lumière par M. Wlassak, *Processgesetze* (v. par ex. Cicéron, *De Nat. deor.*, 3, 74 et *Processgesetze*, 1, pp. 72-85). Mais bientôt on a donné le nom d'action soit aux formules civiles, soit aux formules prétoriennes, même *in factum*. Cependant on trouve encore ensuite l'opposition faite entre les *actiones* venant de la loi positive et les *judicia honoraria* (Julien, *D.*, 9, 4, *De N. A.*, 39, *pr.*) ou même les *judicia* simplement créés *sine lege* tels que les *judicia bonae fidei*. V. le résumé de Wlassak, dans Pauly-Wissowa, 1, pp. 304-306, et en sens contraire Kuebler, *Z. S. St.*, 16, 1895, pp. 137-181.

vel N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oportere, etc. [1]).

Mais le préteur n'a pas donné d'actions que dans les cas où la loi donnait des actions civiles. Il est arrivé par une pente naturelle à en donner quand la loi n'en donnait pas. Il a suivi pour cela divers procédés dont les deux principaux ont encore l'*intentio* de la formule pour organe. Le premier lui a peut-être été suggéré par la façon dont il avait dû s'y prendre pour la transposition de certaines Actions de la loi. Il délivrait dans certains cas la formule avec la fiction que l'Action de la loi avait été accomplie, en disant au juge de statuer comme si elle l'avait été [2]. Cela a pu lui donner l'idée, quand il a voulu étendre la protection de la loi à un cas où une des conditions légales manquait, de dire au juge de statuer comme si cette condition existait, de donner la formule en feignant que cette condition existe. Ce sont les actions prétoriennes fictices, ainsi l'action Publicienne donnée à l'individu qui est *in causa usucapiendi* avec la fiction que le délai de l'usucapion est accompli, l'action *furti* donnée au pérégrin avec la fiction de la qualité de citoyen, les actions héréditaires données au *bonorum possessor* avec la fiction de la qualité d'héritier [3].

Seulement il y a eu des droits que le préteur a voulu protéger sans trouver d'actions similaires, à appliquer sans trouver de droits voisins motivant une action civile. Alors il a fait un nouveau pas. Il les a protégés non plus par une formule *in jus*, posant avec ou sans fiction une question de droit (*rem A. Agerii esse ex jure quiritium*, en matière d'action réelle, *oportere*, en matière d'action personnelle), mais par une formule *in factum* posant au juge une question de fait, lui disant de statuer si tel fait existe. Ce sont les actions *in factum* dont on peut dire encore qu'elles ont uniquement une *intentio* rédigée *in factum*, et à l'aide desquelles le préteur a protégé des droits réels nouveaux, ainsi l'hypothèque, a protégé aussi une quantité de droits personnels dont les uns sont toujours restés des droits prétoriens uniquement sanctionnés par de pareilles actions, dont les autres ont fini par être des droits civils protégés par des actions *in jus* [4]. Les formules *in factum* ont été,

1. V. pour les formules de la première période les textes cités, p. 1004, n. 2 et 1003, n. 4, et pour celles de la seconde, Gaius, 4, 41.

2. Gaius, qui signale ces fictions, 4, 10, en donne, après une lacune, un exemple en matière de *pignoris capio* des publicains, 4, 32, et dit, 4, 33, qu'il n'y avait pas de fiction pareille dans la *condictio* ni généralement dans les actions où on prétend *pecuniam aut rem aliquam dari oportere* ; mais il est certain, d'après son langage, que la *pignoris capio* n'était pas la seule des anciennes Actions de la loi dont on feignit ainsi l'accomplissement par une fiction : la fiction est particulièrement vraisemblable pour la *manus injectio* dans les cas de laquelle elle explique le maintien de la peine du double. Cf. Baron, *Condictionen*, p. 215 et ss. Lenel, *Edictum*, pp. 355, n. 5. 427 (*Edit*, 2, pp. 97, n. 5. 183).

3. Gaius, 4, 34-38. Loi Rubria, c. 20 (p. 1070, n. 1).

4. Gaius, 4, 45-47. V. p. 533, n. 4, 2° ; p. 537, n. 1 ; p. 593, n. 1 ; p. 635, n. 3, pour la dualité des formules ; p. 1019, n. 2, pour les actions *in factum* données

avec les formules fictices et avec les formules avec transposition qu'on pourrait aussi rattacher à l'*intentio*, mais que nous préférons étudier sur la *condemnatio*, les trois grands procédés par lesquels le préteur a sanctionné des prétentions nouvelles dépourvues de protection civile, a créé des actions prétoriennes en face des actions civiles[1]. Les actions fictices ou *in factum* sont aussi les deux espèces d'actions qu'on a employées quand on a voulu étendre une action prétorienne ou civile existante à un cas voisin, quand on a voulu donner cette action non plus dans son cadre premier, comme action directe, mais dans un cadre élargi comme action utile[2]. Et c'est ainsi que l'histoire de l'*intentio* de la formule met en présence de la division des actions en actions : 1° civiles et prétoriennes ; 2° directes et utiles ; 3° fictices ou non ; 4° *in jus* et *in factum*.

Mais ces diversités des actions sont loin d'être les seules qui se manifestent dans l'*intentio* de la formule. On peut encore signaler comme y trouvant leur expression régulière les divisions des actions en :

1° *Actions personnelles, réelles*[3]. Les actions réelles, sanction de droits réels, étaient désignées sous les Actions de la loi du nom d'actions *in rem* par opposition aux actions *in personam* nées de droits personnels, parce que la *legis actio* avait pour objet direct la chose dans les premières et la personne du débiteur dans les secondes. Mais les paroles prononcées dans la *legis actio* présentaient déjà, comme ont fait ensuite les termes des formules, une dualité correspondant à la diversité de fond des deux sortes de droits. Ordinairement l'*intentio* ne nomme

sans édit préalable. V. aussi contre le système de Pokrowski, *Z. S. St.*, 16, 1895, pp. 7-104. 20, 1899, pp. 99-126, selon lequel toutes les actions prétoriennes seraient des actions *in factum* où la *litis contestatio* n'éteindrait le droit qu'*exceptionis ope* (p. 1029, n. 2). Erman, *Recueil de Lausanne*, 1896, pp. 498-509 ; *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 261-360 ; *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 203-304.

1. Différence des actions civiles et des actions prétoriennes ou plus largement, en y comprenant les actions édiliciennes, des actions honoraires, au point de vue de l'édit qui précède dans l'Album les secondes et non les premières : p. 40, n. 3 ; au point de vue de la durée : pp. 740-741.

2. La division en actions directes et utiles ne se confond pas avec celle en actions civiles et honoraires ; car si les actions directes complétées par des actions utiles sont souvent des actions civiles (action utile de la loi Aquilia, p. 423, n. 4), ce peuvent être aussi des actions prétoriennes déjà établies par l'édit (cf. par ex. Paul, *D.*, 9, 3, *De his qui eff.*, 6, 3).

3. Gaius, 4, 2. 3. Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 1. Les actions réelles civiles sont : la revendication (p. 342 et ss. ; v. aussi p. 139, n. 3) ; l'action négatoire (ou prohibitoire) (p. 355 et ss.) ; l'action confessoire (pp. 387-388) ; la pétition d'hérédité (p. 914 et ss.). Les principales actions réelles prétoriennes sont : l'action Publicienne (p. 357 et ss.) ; l'action confessoire utile (p. 388) ; les actions données au superficiaire et au *conductor agri vectigalis* (pp. 393.394), et toutes les autres actions utiles copiées sur la revendication (p. 354, n. 3) ; les actions Servienne et quasi-Servienne (p. 783 et ss.) ; la *petitio hereditatis possessoria* (p. 924), etc. On classe aussi ordinairement les actions préjudicielles parmi les actions réelles.

pas le défendeur dans les actions réelles et le nomme dans les actions personnelles. Pourtant il y a des exceptions dans les deux sens [1].

2° *Actions certaines, incertaines.* Parmi les actions dont l'*intentio* est *in jus*, les actions personnelles exprimant une créance certaine ont une *intentio certa* (*si paret... centum, hominem Stichum dare oportere*) et il en est de même en principe des actions réelles. Au contraire, l'*intentio* est *incerta* (souvent *quidquid paret...oportere*) dans les actions personnelles sanctionnant une créance indéterminée [2]. Les textes ne comprennent pas expressément dans la division les actions *in factum*, mais elles paraissent être, au moins d'ordinaire, des actions certaines [3].

3° *Actions de bonne foi, de droit strict.* Les actions de bonne foi (*actiones bonae fidei*, plus correctement *judicia bonae fidei* [4]) qu'on oppose aux actions de droit strict (*actiones stricti juris, judicia stricta* [5]) dans une division qui tient sans doute au fond des choses, mais qui est

1. Cf. p. 1004, n. 2. Le nom du défendeur ne se trouve pas dans l'action *metus* qui est une action personnelle *in rem scripta* (p. 427), ni croyons-nous, dans l'action *ad exhibendum* (p. 646, n. 4) et il se trouve dans les actions prohibitoire et négatoire (p. 355) et dans certaines formules d'action confessoire (Lenel, *Edictum*, p 189, n. 1 et 3 ; *Edit*, 1, p. 220, n. 5 et 7). Les actions réelles ont, comme on sait, pour caractère de pouvoir être intentées contre tous les tiers détenteurs et d'assurer un droit de préférence ménagé par les cautions *judicatum solvi* et *pro praede litis et vindiciarum* (p. 1024, n. 2).

2. Nous avons déjà indiqué, p. 455, n. 4, les difficultés relatives au classement des actions personnelles nées de contrats. Les principes posés par les textes cités là conduisent à classer parmi les actions incertaines beaucoup d'autres actions *in jus* n'ayant pas pour objet la translation de propriété d'une somme d'argent ou d'une *res certa*, ainsi par ex. l'action *furti nec manifesti* où l'*intentio* porte d'après Gaius, 4, 37, *quamobrem pro fure damnum decidere oportet*, les actions noxales civiles dont l'*intentio* alternative est rapportée p. 691, n. 2, l'action *ad exhibendum* (cf. *D.*, 16, 3, *Dep.*, 33), etc. Pour les actions réelles, Gaius, 4, 54, dit qu'on ne peut leur donner une *intentio* incertaine (*quantam partem paret in eo fundo quo de agitur actoris esse*), qu'*in paucissimis causis*. Ulpien, *D.*, 5, 4, *Si pars her.*, 1, 5, dit, en termes qui semblent marquer un élargissement de doctrine, qu'on peut, sans trop d'audace, accorder une formule ainsi rédigée toutes les fois qu'un individu a de justes raisons d'ignorer pour quelle part il est propriétaire. Le principal intérêt de la différence se rapporte à la *plus petitio*, p. 1055, n. 3.

3. On pose souvent la règle comme absolue. Mais la formule des actions *in bonum et aequum conceptae*, par ex. de l'action d'injures où il y a *quantam pecuniam bonum aequum videbitur*, à plus forte raison de l'action *rei uxoriae*, ressemble plus à celle de la *vindicatio incertae partis* qu'à celle des actions *certae* et la controverse rapportée par Gaius, 4, 60 (p. 1055, n. 2), suppose que l'action d'injures est pour lui une action incertaine.

4. C'est le nom donné à ces actions par les textes de beaucoup les plus nombreux et par tous ceux qui sont d'une pureté certaine (v. par ex. Cicéron, *De off.*, 3, 15, 61 : p. 533, n. 4 et Gaius, 4, 62). Cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, pp. 105-110. V. sur leur formule les pp. 537, n. 1, et 543, n. 7.

5. Le nom des actions de droit strict ne date lui-même que de Justinien suivant une observation juste déjà faite par Windscheid, 1, § 46, n. 4. Auparavant, on trouve dans le *D.*, une fois *actio stricti judicii* (*D.*, 12, 3, *De in lit jur.*, 5, 4), une fois *strictum.. probablement judicium* (*D.*, 13, 6, *Comm.*, 3, 2 : p. 658, n. 3) ; Justinien dit encore *stricta judicia*, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 30, probablement en copiant Gaius.

exprimée nettement surtout par Justinien[1], sont des actions personnelles *in jus*, incertaines, distinguées des autres actions incertaines par la présence dans leur *intentio* des mots *ex fide bona*[2] qui donnent au juge le pouvoir d'apprécier selon la bonne foi le rapport juridique invoqué par le demandeur[3]. Nous en avons plusieurs listes dont l'étendue inégale révèle sans doute des additions successives. Mais Justinien en a méconnu la nature en classant parmi elles son action *ex stipulatu* en restitution de dot et même la pétition d'hérédité[4].

4° *Actions préjudicielles ou non*[5]. Les actions préjudicielles, qui sont les seules actions à ne contenir, outre la nomination du juge, qu'une *intentio*, se présentent en matière de droit des personnes et de droit des choses. Les *praejudicia* relatifs au droit des choses, sur plusieurs desquels il existe des obscurités, ont tous été créés par le droit prétorien pour faire trancher préalablement une question, qui sans cela serait tranchée dans un débat plus complexe (*praejudicium an praedictum sit ex lege Cicereia*, *an lege bona venierint*, *quanta dos sit*, *an res major*

1. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 28. On admet généralement que cette division s'applique seulement aux actions personnelles, *in jus*, nées autrement que de délits ou de quasi-délits ; mais le champ des *stricta judicia* est en réalité moins bien délimité que celui des *judicia bonae fidei*.

2. C'est, croyons-nous, à tort qu'on admet une variante pour l'action *fiduciae* et pour l'action *rei uxoriae* ; les mots invoqués dans ce sens ne font pas partie de la formule de bonne foi *in jus*. V. p. 544, n. 1, et p. 969, n. 3.

3. Intérêt, par ex. au point de vue de l'inutilité d'insérer les exceptions *doli* (p. 472, n. 1), *metus* (p. 471, n. 2) et *pacti* (p. 609, n. 3) ; du droit de se plaindre par l'action même des faits de dol ou de violence (p. 472, n. 3 ; p. 471, n. 2) ; de celui d'invoquer en matière de contrat les clauses de style (p. 544, n. 1) ; de la théorie de pactes adjoints au contrat *ad augendam obligationem* (p. 610, n. 3), et notamment des pactes d'intérêts (p. 610, n. 5) ; des effets de la mise en demeure (p. 663, n. 3) ; de la théorie des fautes (p. 668 et ss.) ; de la compensation *ex pari causa* avant Marc-Aurèle (p. 718, n. 1) ; de la détermination de la condamnation par le *jusjurandum ad litem* (p. 658, n. 1) ; du moment où l'on se placera pour l'évaluation de la chose (p. 658, n. 3).

4. Nous avons déjà dit que ces *judicia* établis *sine lege* n'ont pu être créés qu'après la loi Aebutia (p. 533, n. 4). La première énumération due à Q. Mucius Scaevola et rapportée par Cicéron, *De off.*, 3, 17, 70 (p. 534, n. 2) comprend les actions *tutelae*, p. 221 et ss., *pro socio*, p. 591, *fiduciae*, p. 534, *mandati*, p. 592, *empti venditi*, p. 548, et *locati conducti*, p. 572. Gaius, 4, 62, ajoute seulement les actions *negotiorum gestorum* et *rei uxoriae*, qui sont déjà connues de Cicéron, mais non pas, croyons-nous, comme actions de bonne foi (p. 635, n. 3 ; p. 969, n. 3) et l'action *depositi* que le même Cicéron ignorait probablement (p. 538, n. 2). Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De Act.*, 28, ajoute : les actions *commodati* et *pigneraticia*, p. 538, qui ne manquent probablement dans l'énumération de Gaius que par suite d'une incorrection du ms. ou de la reproduction servile d'un original plus ancien ; les actions *familiae erciscundae* et *communi dividundo*, que Gaius ne connaissait peut-être pas encore comme actions de bonne foi, p. 640, n. 3 ; l'action *praescriptis verbis*, que Gaius omet peut-être avec intention, mais qui existait certainement, et croyons-nous, comme action de bonne foi, de son temps, p. 603, n. 2, puis l'action en pétition d'hérédité, justement laissée auparavant en dehors de la liste (p. 921, n. 1), et, § 29, l'action *ex stipulatu* en restitution de dot (p. 978 et ss.).

5. Gaius, 4, 44. Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 13.

sit centum sestertiis)[1]. Ceux relatifs aux personnes qui sont avérés (*praejudicium de libertinitate, de partu agnoscendo*, ou plus exactement, avant Justinien, *an filius sit*) ont le même caractère et la même origine ; les compilations de Justinien présentent en outre comme pouvant être jugée sous cette forme la *causa liberalis* qui est une action civile d'une portée différente[2].

IV. *Condemnatio*. — La *condemnatio*[3] est la partie de la formule qui donne au juge déjà nommé le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur, selon que l'*intentio* sera ou non vérifiée ; celui de l'absoudre, si l'*intentio* n'est pas vérifiée, celui de le condamner, si elle l'est, mais alors de le condamner à une somme d'argent, quelle que fût la nature de la demande[4], en vertu d'une particularité très remarquable de la procédure formulaire, dont la raison est discutée, qui vient, à notre sens, d'une généralisation du système de la *manus injectio judicati* que nous verrons sur l'exécution (p. 1061 et ss.). Cette *condemnatio* pécuniaire peut, suivant les cas, être une *condemnatio certa*, prescrivant au juge de condamner à une somme d'argent fixe, ou une *condemnatio incerta*, lui laissant l'évaluation de cette somme pour laquelle il peut y avoir des variétés suivant par exemple que le juge est ou non soumis à un maximum (*taxatio*)[5], suivant encore qu'elle prescrit au juge de condamner à *quanti ea res est, erit*[6] ou, comme dans les actions prétoriennes *in bonum et aequum conceptae*, à *quantam pecuniam bonum aequum videbitur, quod aequius et melius erit*[7], suivant aussi qu'elle prescrit au juge qui fait une évalua-

1. Gaius, 3, 123 (p. 772, n. 1). *D.*, 42, 5, *De reb. auct. jud.*, 30, Gaius, 4, 44. Paul, *Sent.*, 5, 9, 1. Le rôle des deux derniers est très controversé. Cf. Lenel, *Edictum*, §§ 186 *in fine* et 281 *in fine* (différent dans la 2e éd. de la 1re éd. et de la trad. fr.).

2. Gaius, 4, 44. *C.*, 8, 46 (47), *De pat. pot.*, 9. Cf. sur la *causa liberalis*, la p. 104, n. 7, et sur le *praejudicium an filius sit* la p. 143, n. 1.

3. Gaius, 4, 43.

4. Gaius, 4, 48 : *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.*

5. Gaius, 4, 49. *Condemnatio certa* : Gaius, 4, 50. Ex. p. 502, n. 3. *Condemnatio incerta infinita* ou *cum taxatione* : Gaius, 4, 51. Ex. de *taxatio* : p. 410, n. 6 ; cf. p. 417, n. 4 ; p. 503, n. 4 ; p. 543, n. 7.

6. *Quanti ea res est* : *condictio triticaria* et peut-être *condictio incerti* ; *quanti ea res erit* : actions arbitraires, nombreuses actions *in factum*. Intérêts de la distinction : p. 659, n. 4 ; p. 658, n. 3. Les actions de bonne foi portent seulement *ejus condemnato* (p. 537, n. 2).

7. La première formule est celle de l'action d'injures (v. par ex. *D.*, 47, 10, *De injuriis*, 17, 2 ; cf. Lenel, *Edictum*, § 190, et Thomas, *N. R. H.*, 1901, p. 550, n. 1) ; la seconde est celle de l'action *rei uxoriae* (p. 969, n. 2). Cf. sur les actions *in bonum et aequum conceptae*, Gide, *Cond. de la femme*, 2e éd., pp. 516-521. P. Thomas, *N. R. H.*, 1901, pp. 541-584. M. Gide comptait seulement parmi elles les actions *injuriarum aestimatoria* (p. 410, n. 6), *sepulchri violati* (p. 248, n. 4), *de effusis et dejectis* fondée sur la blessure d'un homme libre (p. 650) et *rei uxoriae* (p. 969). M. Esmein, *N. R. H.*, 1893, p. 153, n. 4, ajoute avec vraisemblance le *judicium de moribus mulieris* parallèle à l'action *rei uxoriae* (p. 975, n. 1). M. Lenel cite en outre justement l'action édilicienne donnée pour les blessures causées à un homme

tion de condamner au simple, au double, au triple ou au quadruple [1]. Enfin, dans les actions noxales, elle lui prescrit de condamner au paiement de cette estimation ou à l'abandon noxal [2].

En laissant de côté tant les actions noxales et les actions *in bonum et aequum conceptae* que la division purement mécanique en actions au simple, au double, au triple ou au quadruple, la *condemnatio* nous met en présence de deux catégories importantes d'actions correspondant, si l'on veut, à deux nouvelles divisions : les actions arbitraires (*formulae arbitrariae*) et les actions dont la formule contient une transposition de sujets (formules Rutiliennes, formules avec transposition).

1. *Actions arbitraires* [3]. Les actions arbitraires établies surtout pour

libre par une bête féroce gardée dans le voisinage de la voie publique (p. 649, n. 5) ; l'action contre le juge qui fait le procès sien (p. 649, n. 4) et l'action *funeraria* (p. 638, n. 1). Peut-être faut-il encore comprendre dans la liste la formule prétorienne *negotiorum gestorum* (p. 635, n. 3).

1. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 21-27. Les actions au double sont très nombreuses dans l'ancien droit : cf. les pp. 439, n. 3. 414, n. 1 ; comme actions au triple, on peut citer les actions *furti concepti* et *oblati* (p. 416, n. 2) et sous Justinien une action au triple en répétition des honoraires payés par suite de l'exagération de la demande (*Inst.*, *h. t.*, 24), comme actions au quadruple, l'action *furti manifesti* et les actions parentes (p. 416, n. 1). — Il convient de séparer des actions qui sont au double dès le principe les actions qui sont au double *adversus infitiantem* (Paul, *Sent.*, 1, 19, 1 ; Gaius, 4, 9. 171 ; v. p. 1021, n. 1) : actions *judicati* (p. 1061, n. 2), *depensi* (p. 774, n. 1), *damni injuria dati* (p. 421, n. 3), *ex testamento* (p. 941, n. 1), par exemple. Suivant une doctrine à peu près unanime, ce caractère leur vient de ce qu'elles s'intentaient sous les Actions de la loi par une *manus injectio* où le *vindex*, que ce fût un tiers ou, comme dans la *manus injectio pura*, le débiteur lui-même, encourait la peine du double en contredisant la demande. Cette doctrine a été contestée par M. Mitteis, *Z. S. St.*, 22, 1901, pp. 114-117. Il objecte, d'une part que l'action de la loi Furia *de sponsu* qui s'intente par *manus injectio* sous les Actions de la loi et qui existe encore sous la procédure formulaire d'après Gaius, 3. 121. 4, 109, n'est pas au double au cas d'*infitiatio* d'après le silence de Gaius, 4, 9. 171, et, d'autre part, que dans la *manus injectio pura*, par laquelle s'intentaient par ex. les actions de la loi Aquilia et *ex testamento* au moins depuis la loi Vallia, le défendeur n'encourt pas la peine du double. Sur ce dernier point nous avons déjà dit (p. 1000, n. 5) que, d'après le langage de Gaius, le double est encouru par celui qui est son propre *vindex* comme par le *vindex* d'un tiers. Quant à la loi Furia *de sponsu*, si, comme certaines autres, son action ne figure pas dans les listes de Gaius et de Paul, c'est que, comme elles, elle avait été pratiquement remplacée sous la procédure formulaire par une exception dispensant de payer (p. 771, n. 1), à laquelle se rapporte Gaius, 3, 121 (l'action de Gaius, 4, 109, qui ne serait d'ailleurs pas une objection n'est sans doute pas, puisqu'elle s'intente en province, celle de la loi Furia *de sponsu* qui appartient seulement aux cautions italiques, p. 770, n. 3).

2. Ulpien, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 6, 1 ; cf. p. 695.

3. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 31. Ce texte porte des traces visibles de remaniement qui ont été relevées en sens divers par MM. Biondo Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium judicis*, fasc. 1, 1913, G. May, *Mélanges Girard*, 2, pp. 159-164 et Berger, *K. V. I.*, 16, 1914, pp. 123-125. Mais M. Biondi a tiré de là une conclusion sur laquelle on doit s'expliquer. Il s'est appuyé sur l'observation qu'en dehors de ce paragraphe remanié des Institutes et des textes relatifs à l'action *de eo quod certo loco* (p. 1055, n. 5) l'expression *actio arbitraria* est à peu près étrangère aux textes (un qui parle d'*actio arbitraria, D.*, 4, 2, *Q. m. c.*, 14, 4 et un autre qui parle *de judicia arbitraria*, *D.*, 22, 1, *De usuris*, 3, 1, qu'il regarde tous deux comme suspects ; mais à la vérité quatre textes certai-

porter atténuation à la rigueur du système des condamnations pécuniaires sont des actions dans lesquelles la formule prescrit au juge qui aura vérifié l'*intentio* de condamner le défendeur à moins qu'il ne fournisse une satisfaction arbitrée par lui (*nisi arbitrio judicis restituat*, par exemple)[1].

a) *Cas*. Il existe, sur la détermination de ces actions, beaucoup de systèmes dont aucun n'est bien démontré. Le plus sûr est donc de se borner à relever les actions auxquelles le caractère arbitraire est expressément conféré par des textes. La liste qu'on obtient ainsi comprend à notre sens : toutes les actions réelles intentées par formule pétitoire ; puis, parmi les actions personnelles, les actions *metus* et *de dolo*, l'action *ad exhibendum*, les actions Fabiana, Calvisiana et Pauliana, les actions arbitraires données en vertu de certains interdits, l'action noxale d'injures, l'action *aquae pluviae arcendae*, l'action rédhibitoire établie par l'édit des édiles, enfin l'action *de eo quod certo loco*, donnée à la place de la *condictio* pour éviter la *plus petitio loco*, que les textes désignent fréquemment et nettement du nom d'action arbitraire, mais peut-être dans un sens différent, et peut-être encore deux ou trois autres actions[2].

tainement purs, le *fr. de formula Fabiana*, 1, le fr. de Vienne des Inst. d'Ulpien, 5, 2, et les Inst. de Gaius, 4, 141 et 163, parlent *de formula arbitraria*) et il en a conclu, au point de vue dogmatique, que la catégorie des actions arbitraires, caractérisée par la *clausula arbitraria* subordonnant la condamnation au défaut de satisfaction arbitrée par le juge serait une création de Justinien, et au point de vue matériel, que beaucoup d'actions considérées comme contenant la *clausula arbitraria* ne l'auraient pas contenue avant Justinien : on ne connaîtra exactement celles où il l'admet que quand aura paru la suite de son ouvrage ; mais, dans son premier fascicule, il l'exclut pour toutes les actions pénales et pour les *formulae arbitrariae* dont le nom indiquerait seulement, à son avis, qu'elles étaient déférées à un arbitre. A notre avis, M. Biondi n'est arrivé à établir que la *clausula arbitraria* fit défaut ni dans les actions délivrées à la suite des interdits exhibitoires et restitutoires et dans l'action Fabienne visées par les quatre textes qui parlent de *formula arbitraria* (v. en particulier pour les premiers Gaius, 4, 162), ni dans plusieurs des actions pénales que nous avons déjà rencontrées (v. par ex. p. 427, n. 2, pour l'action *metus* et p. 430, n. 4, pour l'action *de dolo*), ni dans les actions réelles intentées par formule pétitoire, ni dans d'autres encore que nous citerons p. 1039, n. 2. Il y avait donc, dès avant les remaniements de Justinien, une liste assez longue et variée d'actions contenant la formule arbitraire, et, par conséquent aussi, la catégorie des actions arbitraires existait, quant au fond, dès avant ces remaniements. Cf. G. May, *Mélanges Girard*, 2, pp. 151-169 ; Segré, *Mélanges Girard*, 2, pp. 563-574 ; Arangio-Ruiz, *B. Ist. D. R.*, 25, 1912, pp. 141-145.

1. Une action n'est donc pas arbitraire, parce que le défendeur y évite la condamnation en s'exécutant au cours de l'instance devant le juge, car c'était également vrai dans les actions de bonne foi, d'après les Proculiens, et dans toutes les actions, d'après les Sabiniens (p. 1056, n. 2), ni même parce que le juge prescrit au défendeur de faire quelque chose avant de l'absoudre, car il a ce droit dans toutes les actions possibles. La seconde observation est utile à faire par ex. pour l'action *finium regundorum* (p. 642 et ss.).

2. Justinien, au lieu de dire que toutes les actions réelles sont arbitraires, cite les actions Publicienne, Servienne et quasi-Servienne, à l'exclusion par ex. de toutes les actions réelles civiles et notamment de la revendication : cette bizarrerie peut tenir à ce qu'il aura copié un texte qui mettait en vedette les actions pré-

Le tableau ainsi constitué est assurément un tableau disparate dont les traits et les lacunes paraissent malaisés à expliquer par une idée logique commune. Mais c'est précisément parce que nous avons là une construction empirique faite par les préteurs successifs sous le coup des besoins journaliers.

b) *Effets*. L'effet de la *clausula arbitraria* est d'astreindre le juge qui reconnaît le bon droit du demandeur à différer encore la condamnation pécuniaire, à apprécier auparavant *ex aequo et bono* (*arbitrium*, *arbitratus*), une satisfaction moyennant laquelle il fera connaître au défendeur la possibilité d'éviter la condamnation. C'est une question classique de savoir si la notification que le juge adresse ainsi au défendeur est un ordre exécutoire par la force publique ou une simple invitation à laquelle le défendeur serait libre de ne pas déférer non pas impunément, mais sans encourir de contrainte directe.

On conteste aujourd'hui de moins en moins qu'anciennement l'*arbitrium* n'était pas exécutoire par la force publique (*manu militari*). Le juge est un simple particulier chargé d'exprimer un sentiment (*sententia*) : tout le pouvoir que lui donne la *clausula arbitraria*, c'est de signaler au défendeur un acte dont l'accomplissement modifierait ce sentiment. Si l'acte n'est pas accompli, il prononcera en conséquence la condamnation, qui sera infamante au cas de dol, au quadruple au cas de *metus*, qui de plus sera dans tous les cas déterminée par le serment du demandeur[1]. C'est une contrainte indirecte efficace. Mais il n'y a pas

toriennes, parce qu'elles étaient toujours arbitraires, tandis que les actions réelles civiles l'étaient seulement quand elles étaient intentées par formule pétitoire ; mais le caractère arbitraire des autres actions réelles est établi par des témoignages indépendants et il a été seulement contesté, à tort, à notre sens, pour certains cas d'actions confessoire et négatoire (pp. 356, n. 1 et 387, n. 5). Parmi les actions personnelles, le caractère arbitraire est attesté par Justinien pour les actions *metus* (p. 427, n. 2), *de dolo* (p. 430, n. 4), *ad exhibendum* (p. 647, n. 4) et *de eo quod certo loco* (p. 1055, n. 5) ; il l'est par d'autres textes pour les actions Fabiana, Calvisiana et Pauliana (p. 438, n. 1), pour l'action créée par le préteur au profit du nu-propriétaire contre l'usufruitier (p. 376, n. 4), pour les formules arbitraires données à la suite de certains interdits (p. 1074, n. 3 et 4), pour l'action noxale d'injures (p. 692, n. 1), pour l'action *aquae pluviae arcendae* (p. 639, n. 4), pour l'action *redhibitoria* (p. 575, n. 5), pour certaines actions nées de *restitutiones in integrum*, par ex. pour celle donnée à la suite d'une *alienatio judicii mutandi causa* (p. 348, n. 3,1° ; cf. *D.*, 4, 7, *De al. jud. mut.*, 8, *pr.*). Mais cela nous paraît à peu près tout. Nous ne croyons pas notamment le caractère arbitraire établi ni pour les actions *depositi* et *commodati in jus* (p. 537, n. 2), par les deux lettres *N. R.* mises dans Gaius, 4, 47, à la fin de la formule où elles occuperaient une place insolite, après la condamnation et non avant, et où elles doivent venir d'une faute de copiste ; ni pour les actions noxales, par la mention que fait Justinien d'un *arbitratus* prescrivant l'abandon noxal ; car cela prouve non pas que toutes les actions noxales sont arbitraires, mais qu'il y a des actions arbitraires noxales, comme le sont certainement les actions, arbitraires par elles-mêmes, données à la suite du délit d'une personne en puissance ; cf. *N. R. H.*, 1887, p. 448.

1. On remarquera d'ailleurs que ce mode de détermination de la condamnation n'est pas exclusivement propre aux actions arbitraires (p. 658, n. 1) et que par

de motif pour que le *judex* puisse plus faire exécuter cet *arbitratus* que la *sententia* elle-même par une force qu'il n'a pas. Et ce régime est généralement considéré comme existant toujours au temps de Gaius [1]. Seulement on rencontre au Digeste un texte d'Ulpien qui a fait croire à certains auteurs qu'il avait changé au temps des Sévères, sinon pour le cas où l'*arbitratus* prescrivait au défendeur un acte juridique (translation de propriété, promesse, acceptilation), au moins pour celui où son exécution ne rencontrait que des obstacles de fait. Mais l'interpolation du fragment d'Ulpien est établie à la fois par son contexte et par d'autres fragments non retouchés du même auteur et la réforme qu'il exprime ne date, croyons-nous, que du temps de la procédure extraordinaire [2].

2. *Formules avec transposition. Représentation judiciaire* (*cognitor*, *procurator*). Les formules avec transposition, contenant le nom d'une

conséquent sa présence ne peut pas plus servir que celle d'un ordre du juge à prouver le caractère arbitraire d'une action (ainsi de l'action *rei uxoriae*).

1. En effet, il ne dit rien de cette exécution par la force qu'il aurait eu sans cela plus d'une occasion d'indiquer, par ex. 4, 89, où il justifie par un risque résultant surtout de son absence la *satisdatio judicatum solvi* due dans les actions réelles.

2. Le texte célèbre d'Ulpien, *D.*, 6, 1, *De R. V.*, 68 (Lenel, 2987), dit positivement, dans une langue d'ailleurs très embarrassée d'incidentes et de sous-distinctions, que l'*arbitratus* devra être exécuté *manu militari* (*si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere si quidem... si vero...*) et il termine même en disant que c'est une règle tout à fait générale (*haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur locum habet*). Mais il y a peu de textes dont l'interpolation soit mieux établie. Elle résulte d'abord du rapprochement d'autres fragments du même jurisconsulte, ainsi de *D.*, 27, 9, *De reb. eor.*, 3, 2, selon lequel la prohibition d'aliéner certains biens des pupilles pesant sur les tuteurs ne s'applique pas quand l'aliénation résulte de ce que le tuteur a revendiqué et qu'au lieu de lui rendre la chose on lui a payé la *litis aestimatio*, parce que l'aliénation a été forcée ; ainsi de *D.*, 43, 29, *De hom. lib. exhib.*, 3, 13, selon lequel il n'y a pas, sur les actions arbitraires ou restitutoires données en vertu de l'interdit *de homine libero exhibendo*, d'autre moyen de faire cesser la détention illégale, de vaincre la résistance du défendeur que de l'écraser de condamnations pécuniaires au moyen de la répétition de l'interdit. Le texte lui-même se révèle comme corrompu : quant au fond, par la manière dont il assimile les actions aux interdits dans la dernière phrase ; quant à la forme, par l'échafaudage de *si quidem* et de *si vero* sur un premier *si vero*, qui y a été produit par l'intercalation maladroite d'une proposition étrangère. On a pensé jadis qu'il se rapportait dans sa forme première aux fidéicommis où le magistrat statuant *extra ordinem* peut procéder à l'exécution forcée ; mais il est établi aujourd'hui qu'Ulpien ne parlait pas des fidéicommis dans le *lib. 51 ad ed.*, auquel le texte est attribué et cela ne rendrait pas compte de la langue défectueuse du début. Le texte qui a servi de canevas à l'interpolation appartenait probablement, comme a supposé M. Lenel, au *lib. 51 ad Sab.* à la place duquel les copistes ont indiqué par mégarde le *lib. 51 ad ed.*, et où Ulpien traitait notamment de la détermination de la condamnation (Lenel, 2983-2991) ; le jurisconsulte y distinguait sans doute simplement le cas où le défendeur ne restitue pas, soit par mauvaise volonté, soit parce qu'il a depuis la *litis contestatio* cessé de posséder par dol, où la condamnation est déterminée par le *jusjurandum ad litem*, et le cas où il a cessé de posséder par sa faute, où elle est évaluée par le juge.

personne dans l'*intentio* et celui d'une autre dans la *condemnatio*, ont trois applications principales : *a*) les actions *adjecticiae qualitatis*, où la formule, basée sur l'acte de l'esclave, du fils, du mandataire dont le nom est dans l'*intentio*, est donnée contre le maître, le père, le mandant, dont le nom est dans la *condemnatio* ; *b*) la *formula Rutiliana*, donnée, au cas de vente en bloc des biens d'un vivant, à l'acheteur des biens contre les débiteurs de la faillite, dit Gaius, et sans doute pareillement aux créanciers de la faillite contre lui, où l'*intentio* porte encore le nom du failli et la *condemnatio* celui de l'acheteur ; *c*) enfin, aussi, activement et passivement, les formules données aux représentants judiciaires où la question posée par rapport au représenté dans l'*intentio* doit être tranchée par rapport au représentant d'après la *condemnatio*. Nous n'avons à insister ici que sur le troisième cas [1].

La représentation judiciaire [2] était en principe exclue sous les Actions de la loi. Cependant dès alors il y avait des exceptions ; on pouvait, contrairement à la règle, agir *alieno nomine* : *pro libertate*, au cas de *causa liberalis* ; *pro populo*, c'est-à-dire probablement au cas d'action populaire ; *pro tutela*, dans un cas incertain, et enfin, en vertu d'une loi Hostilia, pour le compte du volé absent dans l'intérêt de l'État ou prisonnier de guerre [3]. Il est même possible, à notre sens, que l'un des représentants judiciaires de l'époque formulaire, le *cognitor*, soit dès alors intervenu dans une mesure limitée non pas, croyons-nous, comme on l'a prétendu, pour la phase du *judicium* par opposition à la phase du *jus*, mais, dans des cas précis d'empêchement résultant d'âge ou de maladie, pour la phase du *jus* elle-même [4]. Et, dans ces cas, le repré-

1. V. sur le premier, les pp. 678-686, sur le second, la p. 1066.

2. Gaius, 4, 82-87, *F. V.*, 317-341. *Inst.*, 4, 10, *De his per quos agere possumus*. Cf. Eisele, *Cognitur und Procuratur*, 1881. *Beiträge zur röm. Rechtsgesch.*, 1896, pp. 91-159. *Studien zur römischen Rechtsgeschichte*, 1912 ; Ch. Wirbel, *Le cognitor*, Thèse Nancy, 1911 (compte-rendu par Ad. Berger, *Z.* de Grünhut, 40, 1913-1914, pp. 662-671 ; L. Debray, *N. R. H.*, 36, 1912, pp. 370-384.

3. Gaius, 4. 82 : *Cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis.* Ulpien, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 123. Les exceptions sont indiquées par Justinien, *Inst.*, *h. t.*, *pr.*

4. Le caractère archaïque de son mode de constitution en termes sacramentels (p. 1043, n. 3) éveille naturellement l'idée de le faire remonter au temps des Actions de la loi. La première opinion, formulée par M. Eisele et appuyée par M. Debray, *Représentation en justice par le cognitor*, Thèse Paris, 1892, part de l'observation très vraie que la prohibition de *lege agere* pour autrui s'applique au sens strict seulement à la *legis actio* qui a lieu *in jure* ; mais elle aboutit à peu près forcément à admettre que les conséquences du procès se produisaient chez le représenté, tandis que sous la procédure formulaire elles le font chez le représentant, que donc la représentation parfaite aurait dégénéré en représentation imparfaite : ce qui est un ordre peu vraisemblable. Nous sommes plus enclins à rapporter avec M. Lenel, *Z. S. St.*, 4, 1883, pp. 149-154, au temps des Actions de la loi, le texte de la *Rhet. ad Her.*, 2, 13, 20, selon lequel la constitution du *cognitor* a été admise pour les vieillards et les malades avant de l'être pour tous, et à penser qu'elle y était admise pour toute la procédure, qu'elle constituait une exception de plus à la prohibition de la représentation, qui a été effacée par

sentant admis par exception devait dès alors affirmer le droit du représenté, par exemple, au cas de la loi Hostilia, du volé, pour obtenir une décision à son profit à lui-même, comme au cas inverse, la décision était rendue à son encontre [1]. Mais en dehors de ces exceptions certaines ou soutenables, on ne pouvait alors plaider pour autrui, la représentation judiciaire était exclue.

Elle est au contraire admise dans le système formulaire, où l'on trouve de bonne heure deux sortes de représentants [2] : 1° le *cognitor*, constitué en présence de l'adversaire, en termes sacramentels qui nous ont été transmis [3] ; 2° le *procurator*, constitué sans forme, qui paraît avoir été d'abord un administrateur général, qui plus tard a pu être un mandataire spécial, auquel on a même permis fort tôt de se présenter sans mandat dans le cas où il intervient pour le défendeur et où on l'appelle plutôt *defensor*, auquel on est allé jusqu'à permettre avec un peu de difficulté de se présenter aussi sans mandat pour le demandeur et à qui on assimile les tuteurs, curateurs et administrateurs de personnes morales [4].

Dans les deux cas, dont celui du *cognitor* est, à notre sens, le plus ancien [5], la formule est une dérivation naturelle de ce qui se produisait

Justinien dans sa source comme toutes les mentions du *cognitor* et où le représentant avait le même rôle que dans les autres (p. 1043, n. 1). V. en ce sens Wirbel, pp. 1-35.

1. Cf. Eisele, p. 155 et ss. Lenel, p. 154. Debray, *N. R. H.*, 1912, p. 371.

2. On ne confondra pas ces représentants qui font le procès pour autrui et dont l'édit soumet l'intervention et l'emploi à certaines conditions (*Textes*, p. 143 ; Lenel, *Edictum, tit. VIII*), avec les personnages qui plaident simplement pour autrui et dont l'édit règle l'emploi et l'intervention dans une partie différente (*De postulando* : *Textes*, p. 141 ; Lenel, *Edictum, tit. VI*).

3. Il est, selon Gaius, 4, 83, constitué en termes sacramentels (*certis verbis*) en présence de l'adversaire, mais sans qu'il soit besoin de sa présence ni, croyons-nous, de celle du magistrat. Le caractère formel primitif de la formule de constitution résulte de ce qu'elle ne comporte ni terme ni condition (*F. V.*, 325) et de ce qu'on prend la peine de spécifier par la suite qu'elle n'est pas nulle pour une variante de mots ou pour l'emploi d'une langue étrangère (*F. V.*, 318 319). Gaius, 4, 83 (dont il faut rapprocher le Gaius d'Autun, 91), donne pour cette constitution deux formules dont la différence de portée est depuis longtemps cherchée. Selon M. Wlassak, *Zur Geschichte der Cognitur*, 1893, pp. 17-30. *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 101, n. 4, elle tient à ce que, dans l'une, qui est rédigée au futur, le *cognitor* est constitué à l'avance pour tout le procès, et que, dans l'autre, qui est rédigée au présent, il est constitué *in jure*, au moment de la *litis contestatio*, pour conduire le procès *in judicio*. Cf. Wirbel, pp. 98-111. Ad. Berger, *Z.* de Grünhut, 40, 1913-1914, pp. 665-670.

4. Gaius, 4, 84. Le *procurator* ne paraît encore être connu de Cicéron, à côté du *cognitor*, qu'en qualité d'administrateur général des biens faisant les procès comme les autres actes de gestion (Cicéron, *Pro Caec.*, 20, 57. *Pro Rosc. com.*, 18, 54). Il a plus tard été admis comme pouvant se présenter pour le demandeur en vertu d'un mandat spécial et Gaius indique même une doctrine selon laquelle il pourrait le faire sans mandat ; mais, en tout cas, cette doctrine n'était pas encore admise à l'époque de la rédaction de l'édit pour le demandeur. Au contraire l'édit admettait, probablement déjà au temps de Cicéron, le droit du premier venu de venir défendre au procès d'autrui sans mandat.

5. Le contraire a été soutenu, à tort, à notre sens, par M. Wlassak, *Negotiorum gestio*, p. 150 et ss.

sous les Actions de la loi, quand la représentation était permise : elle prescrit au juge de prononcer une condamnation à la charge ou au profit de celui qui plaide, si le droit est reconnu exister à la charge ou au profit de celui pour qui on plaide [1]. Et en conséquence, dans tous les cas, l'effet est le même : le jugement est au nom du représentant ; c'est contre lui ou à son profit qu'existe l'action qui en résulte (action *judicati*[2]). Mais, sous d'autres rapports, il y a des diversités entre les *cognitores* et les représentants d'un type différent.

Elles sont restreintes au cas de représentation du défendeur. Que le demandeur agisse contre un *cognitor*, un *procurator*, un tuteur, un curateur ou tout autre représentant, il s'enlève par là le droit d'agir à nouveau en vertu de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*. Il a donc le droit de ne le faire qu'à bon escient, de n'accepter à la place du défendeur normal un autre défendeur qu'à condition qu'on lui fournisse la caution *judicatum solvi*. Il n'y a pas en cela de différence. La seule différence est que cette caution est fournie, pour le *cognitor*, par l'intéressé qui est présent à sa constitution, tandis qu'elle l'est ailleurs par le représentant lui-même [3].

La diversité est bien plus profonde au cas de représentation du demandeur. Le *cognitor*, agissant de l'aveu donné en termes légaux du demandeur, déduit le droit du demandeur en justice comme celui-ci le ferait lui-même et par conséquent il ne donne sous ce rapport aucune inquiétude spéciale au défendeur, il ne lui doit aucune caution particulière. Au contraire, les autres représentants, n'ayant pas de pouvoir en forme, ne déduisent pas en justice le droit du demandeur, ne lui enlèvent pas le droit de faire un nouveau procès et doivent par conséquent donner caution au défendeur que le véritable intéressé n'agira pas à nouveau contre lui (*cautio ratam rem dominum habiturum, cautio de rato* [4]).

En résumé, ce système, qui fut celui de l'édit, était très simple. La jurisprudence l'a modifié sous deux rapports : elle a généralisé pour le *cognitor* l'idée de représentation en vertu de laquelle le *cognitor* du demandeur déduisait son droit en justice ; puis elle a étendu les solu-

1. Gaius, 4, 86. 87.
2. C'est en confondant le droit normal et primitif avec ses modifications postérieures qu'on a dit souvent le contraire pour le *cognitor*. V. p. 1045, n. 1.
3. Gaius, 4, 101.
4. Gaius, 4, 97. 98. L'idée que le *cognitor* déduit en justice le droit du demandeur comme il le ferait lui-même, et même le déduit *ipso jure* ou *exceptionis ope* comme il le ferait lui-même, paraît aussi exprimée par Julien, *D.*, 46, 8, *Ratam rem*, 22, 8 (Lenel, 734), où *verus procurator* est interpolé pour *cognitor*. — Une disposition de l'édit, motivée par la même pensée qui faisait admettre le *defensor* sans justification d'aucun pouvoir (p. 1043, n. 4), obligeait le *procurator*, qui intentait un procès comme demandeur pour quelqu'un, à s'engager à défendre à tous les procès qui seraient intentés contre la même personne (Ulpien, *D.*, 3, 3, *De proc.*, 33, 3).

tions ainsi obtenues à tous les plaideurs *alieno nomine* dont les pouvoirs étaient certains.

Le *cognitor* déduisait en justice le droit du demandeur parce qu'il était constitué dans des formes légales ; de la même raison, on a déduit que l'action *judicati* serait donnée de son chef contre le maître, ainsi que cela résultait d'ailleurs déjà de la caution *judicatum solvi* donnée par celui-ci, on a déduit surtout que l'action *judicati* résultant du procès intenté par le *cognitor* serait donnée au maître, au moins après un examen des faits (*cognita causa*), sauf quand le *cognitor* serait un *cognitor in rem suam* [1].

Quant aux autres représentants, s'ils étaient défendeurs, ils étaient seuls tenus de l'action *judicati* ; s'ils étaient demandeurs, ils devaient la caution de *rato* et en conséquence ils avaient l'action *judicati*, qu'ils n'étaient tenus de faire passer au maître de l'affaire qu'après qu'il avait ratifié. On a décidé, pour ceux d'entre eux qui, tout en n'ayant pas été institués dans les mêmes formes que le *cognitor*, avaient des pouvoirs aussi certains que lui, d'une part, que l'action *judicati* existant contre eux serait transférée contre le maître ; d'autre part, que le maître ne pourrait agir à nouveau sans dol à raison du droit déduit en justice par eux, qu'en conséquence ils n'auraient pas besoin de fournir la caution *de rato* et que par suite aussi l'action *judicati*, au lieu de leur rester à titre de sûreté, serait transférée au maître. Mais ce mouvement, qui donne en somme au mandat ou au pouvoir dénué de forme la même efficacité qu'à la constitution formelle du *cognitor*, ne s'est opéré que pas à pas. Les résultats en sont déjà connus par Gaius pour certains tuteurs, par Papinien pour le *procurator* dont le mandant assiste au procès, pour le *procurator praesentis*, et pour le *procurator* constitué *apud acta*, plus tard encore pour celui dont les pouvoirs sont certains. Le mouvement paraît achevé au temps d'Alexandre Sévère [2]. Justinien, au temps duquel il n'y a plus de *cognitores*, n'a fait qu'en exprimer les conséquences en distinguant les *procuratores*, dont les pouvoirs sont certains, qui représentent le mandant, et ceux dont les pouvoirs ne sont pas certains, qui ne le représentent pas, et en exigeant la caution de *rato* des seconds et non des premiers. Seulement il a maintenu par une routine illogique l'obligation à la caution *judicatum solvi* pour les mandataires quelconques du défendeur [3].

1. Cette cession de l'action *judicati* est attestée *F. V.*, 317. Mais elle a seulement lieu *cognita causa*, d'après *F. V.*, 331, et d'après la règle même posée *F. V.*, 317, selon laquelle elle n'est pas opérée si le *cognitor* est un *cognitor in rem suam*.

2. Gaius, 4, 99 (cf. p. 217, n. 4). Papinien, *F. V.*, 331. 317. Alexandre Sévère, *C.*, 2, 12 (13), *De proc.*, 10. Nous négligeons beaucoup de détails pour lesquels nous renvoyons aux ouvrages de M. Eisele. V. encore par ex. depuis, pour la représentation des cités, Ramadier, *Etudes Girard*, 1, pp. 259-271.

3. *Inst.*, 4, 11, *De satisdat.*, 4, 5. Cet achèvement de l'évolution, que nous indiquons dès maintenant, se place, remarquera-t-on, dans la période de la procédure extraordinaire. C'est aussi au système de la procédure extraordinaire, qui a sans

§ 2. — Parties accessoires. Prescriptions. Exceptions.

Les parties accessoires, qui peuvent, suivant les cas concrets, être insérées dans les formules, sont principalement les *praescriptiones* et les *exceptiones*.

I. *Praescriptiones* [1]. — Les *praescriptiones* sont des clauses mises en tête de la formule immédiatement après la nomination du juge, pour restreindre ou écarter la *litis contestatio*, soit dans l'intérêt du demandeur (*praescriptiones pro actore*) afin de lui permettre d'agir de nouveau pour la portion de son droit sur laquelle la *litis contestatio* n'a pas porté (*praescriptio de fundo mancipando*, prescription *ea res agatur cujus sie dies fuit*) soit dans l'intérêt du défendeur (*praescriptiones pro reo* qui ont été assez vite supplantées par les exceptions), afin d'empêcher, si le fait visé dans la *praescriptio* est vérifié, la *litis contestatio* d'avoir eu lieu et par conséquent la condamnation de pouvoir être prononcée, malgré la régularité juridique de la prétention du demandeur (*praescriptio praejudicii* ; *praescriptio longi temporis*) [2]. Ce moyen est, d'après son nom même, lié à la procédure par formules et le magistrat y exerce, quant au fond, sur le procès un pouvoir qu'il n'a pas avant la loi Aebutia. Mais il paraît avoir été créé très peu de temps après.

II. Exceptions, répliques, dupliques [3]. — Les exceptions n'existaient pas non plus au temps des Actions de la loi, ni sous leur forme moderne qui suppose une formule écrite, ni sous aucune autre forme équivalente où elles impliqueraient chez le magistrat des pouvoirs qu'il n'avait pas avant la loi Aebutia [4], et elles paraissent même historique-

doute toujours été seul suivi en Egypte (p. 1090, n. 4), que se rapportent les textes (*P. Oxy.*, II, 261, de l'an 55 et I, 97, de l'an 115 ou 116 : Mitteis, *Chrestom.*, 346. 347) qui, d'après MM. Wenger, *Papyrusforschung und Rechtswiss.*, 1903, pp. 28-29, *Stellvertretung im Rechte der Papyri*, 1906, pp. 122-156, et Hupka, *Haftung d. Vertreters ohne Vertretungsmacht*, 1903, p. 10, attestent en Egypte la représentation judiciaire parfaite.

1. Gaius, 4, 130-137. V. Schlossmann, *Praescriptiones und Praescripta verba*, 1906, le compte rendu de Partsch, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 440-446, et le travail de Wlassak cité, p. 1022, n. 3.

2. Place dans la formule : Gaius, 4, 132. *Praescriptiones pro reo* : Gaius, 4, 133 (cf. p. 1023, n. 1). *Praescriptiones pro actore* : Gaius, 4, 131 *a*. 136 (cf. p. 732, n. 1). Gaius, 4. 134-137, cite aussi d'autres prescriptions mises dans la formule avant la *demonstratio* pour préciser la prétention du demandeur en cas d'actions *adjecticiae qualitatis*, de cautionnement par ex. ; il faut encore ajouter les applications indiquées en matière d'*interrogationes in jure*, p. 1019, n. 3, et peut-être celle que M. Wlassak, pp. 125-135, croit apercevoir dans *D.*, 43, 3, *Quod legatorum*, 1, 4. V. sur le sens exact des termes *ea res agatur*, c'est-à-dire *lis contestatur de ea re* qui se trouvent en tête de toutes les *praescriptiones* et par lesquels les parties restreignent la *litis contestatio* à la portée indiquée en la subordonnant à la condition visée, le travail précité de Wlassak et sur la différence de la *praescriptio pro reo* et de l'exception, notre p. 1022, n. 3.

3. Gaius, 4, 115-130. *Inst.*, 4, 13, *De exceptionibus*. Cf. Seckel, *Handlexikon*, v° *Exceptio*.

4. Gaius, 4, 108 : *Nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum* (v. contre la traduction proposée par Wlassak, *Z. S. St.*, 28, 1907, p. 100,

ment plus récentes que les *praescriptiones pro reo* [1]. Elles sont, comme on sait, placées dans la formule après l'*intentio* pour subordonner à une seconde condition le pouvoir de condamner du juge [2]. Elles lui posent une question distincte de l'*intentio* (exception *doli, pacti* opposée à la *condictio certae pecuniae*, par exemple), après laquelle la réplique insérée dans l'intérêt du demandeur pourrait en poser une troisième, une duplique insérée dans celui du défendeur pourrait en poser encore une autre et ainsi de suite [3].

Qu'elles soient insérées dans l'intérêt d'un des plaideurs ou de l'autre, sous leur forme normale d'exception opposée à l'*intentio*, ou sous celle de réplique opposée à une exception, sous celle de duplique opposée à une réplique par exemple, elles ont toujours le même rôle que nous indiquerons sommairement en signalant leurs caractères généraux et leurs principales divisions.

1. *Caractères généraux*. Le trait essentiel de l'exception est de ne pas nier directement la prétention à laquelle on l'oppose, d'en supposer même le bien-fondé, mais de lui opposer un fait distinct que le pré-

note, pour écarter ce témoignage, Girard, *Mélanges*, 1, pp. 148-151 ; cf. encore depuis, Wlassak, *Der Ursprung der Einrede*, 1910). Tous les procédés qu'on a proposé d'admettre pour en tenir lieu (examen préalable du magistrat ; stipulations préjudicielles, etc.) supposent comme sanction un pouvoir d'un magistrat de *denegare legis actionem* qu'à notre sens il n'avait point alors (p. 992, n. 4). Les lois anciennes plus tard sanctionnées par des exceptions, la loi Plaetoria (p. 233, n. 6), la loi Cincia (p. 953, n. 2), étaient alors sanctionnées par des actions, en répétition, absolument par ex. comme la loi Furia *de sponsu* (p. 771, n. 1) et la loi Furia *testamentaria* (p. 934, n. 2).

1. Cela résulte d'abord de ce que les *praescriptiones pro reo* ont été plus tard supplantées par des exceptions, comme le dit Gaius, 4, 133, et comme le montrent des exemples concrets (exception *praejudicii* : p. 1022, n. 1 ; exception *rei judicatae* : *D.*, 42, 1, *De Re jud.*, 63 ; exception *doli* : *D.*, 46, 3, *De solut.*, 91 et les autres textes cités par Keller, § 43, n. 462) ; ensuite et surtout de la concordance plus imparfaite dans laquelle les exceptions sont avec la structure de la formule, où elles n'ont dû entrer qu'à une époque où les éléments en étaient solidifiés : en effet, tandis qu'une *praescriptio* quelconque se juxtapose à la formule sans en troubler l'harmonie, l'exception insérée après l'*intentio* dérange cette harmonie en ne portant que sur le pouvoir de condamner (*si paret... neque... condemnato*) et non sur le pouvoir d'absoudre (*si non paret, absolvito*) relativement auquel elle devrait logiquement reparaître (Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876, p. 44).

2. Gaius, 4, 119 : *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is cum quo agitur*. Cf. Ulpien, *D.*, 44, 1, *De exc.*, 2, *pr.* (p. 1048, n. 1).

3. Exceptions *doli mali* (Gaius, 4, 119 : *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*), *pacti conventi* (Gaius, 4, 119 : *Si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur*), *justi dominii* opposées à l'action Publicienne (p. 359, n. 1). — Répliques *pacti* opposée à l'*exceptio pacti* (Gaius, 4, 126 : *Si non postea convenit ut eam pecuniam petere liceret*), *doli mali*, *rei venditae et traditae*, *rei donatae et traditae* opposées à l'exception *justi dominii* (p. 359). — Duplique (faussement qualifiée par quelques textes de triplique) *legis Cinciae* opposée à la réplique *rei donatae et traditae* (p. 955, n. 1). — Triplique de dol opposée à la duplique *legis Cinciae* des héritiers du donateur (pp. 955, n. 1. 954, n. 1).

teur considère comme devant écarter son effet[1]. C'est de là que résultent, tant en la forme qu'au fond, les différences qui séparent les exceptions des défenses proprement dites tirées de la négation même du droit du demandeur.

Au point de vue de la procédure, tandis que l'*intentio* même pose au juge la question à laquelle se rapportent les défenses, le point de savoir si le droit existe, s'il n'a pas été éteint, et que par conséquent le défendeur aura la faculté d'invoquer une défense devant le juge sans avoir eu besoin de la faire valoir *in jure*, le défendeur qui veut faire valoir une exception doit avoir soin de la faire insérer dans la formule, *in jure*. Sans cela le juge, saisi seulement de la question posée par l'*intentio*, ne pourrait s'en occuper. Il n'en serait autrement que si l'*intentio* elle-même lui donnait le droit de s'occuper des faits qu'aurait visés l'exception, comme c'est le cas pour les faits de dol dans les actions de bonne foi (*exceptio doli mali inest bonae fidei judiciis*). En dehors de là, le juge, ne connaissant que la formule, ne peut tenir compte des exceptions qui n'y sont pas insérées et par conséquent les exceptions doivent être invoquées avant la délivrance de la formule. Seulement cette règle reçoit deux atténuations : 1° il y a des exceptions qui peuvent être invoquées même après le jugement sur l'action *judicati*, ainsi celle du sénatus-consulte Velléien ; 2° à l'époque de Gaius, celui qui a par erreur omis de faire insérer dans la formule sinon une exception quelconque, au moins une exception péremptoire, obtient une *in integrum restitutio*[2].

Au point de vue du fond, on peut dire, en principe général, qu'à la différence du droit contre lequel il y a une défense et qui n'existe pas, le droit contre lequel il y a une exception est seulement paralysé : en conséquence, au lieu de se produire à l'égard de tous, l'effet de l'exception peut se produire seulement au regard de certaines personnes et, au lieu d'être définitif, irrévocable, il peut être neutralisé par une réplique rendant son activité au droit paralysé[3].

2. *Divisions des exceptions*. Les interprètes divisent principalement[4]

1. Ulpien, *D.*, 44, 1, *De except.*, 2, *pr.* : *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est* ; 2, 2 : *Illud tenendum est omnem exceptionem.... exclusoriam esse* ; *exceptio actorem excludit.*

2. Sénatus-consulte Velléien : p. 802, n. 3. *Restitutio in integrum* : p. 1049, n. 6.

3. Cf. par ex. les effets de l'*acceptilatio*, p. 726, et ceux du pacte *de non petendo*, p. 728. Les faits concrets qu'on a opposés à cette distinction (v. notamment Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876, et les auteurs cités) montrent qu'elle n'est pas d'une rigueur absolue ; ils n'en suppriment pas, croyons-nous, la vérité d'ensemble.

4. On distingue encore, par ex., les exceptions proposées dans l'édit et celles que le préteur rédige *in factum* comme il fait pour les actions, en vue d'espèces particulières (cf. p. 1019, n. 2) ; les exceptions que le préteur accorde sans examen des faits et celles qu'il délivre seulement *cognita causa* (par ex. l'exception *justi dominii*, p. 359, n. 2). Cf. Gaius, 4, 118.

les exceptions en partant de témoignages exprès ou implicites des textes : 1° au point de vue de leur source, en exceptions civiles et honoraires[1]; mais, à notre sens, toutes les exceptions sont honoraires, de création prétorienne ; les prétendues exceptions civiles elles-mêmes n'ont pas été directement établies par le législateur, mais introduites par le préteur, soit à la place d'actions civiles, soit sur les intructions du sénat ou de l'empereur[2] ; — 2° au point de vue du fait qui y donne naissance, en exceptions fondées sur l'équité, comme sont les plus nombreuses, et en exceptions fondées sur une idée d'ordre public, comme seraient l'exception de chose jugée, l'exception de la loi Cincia, et on dit que les premières seules pourraient, d'une part, être remplacées par l'exception de dol et, d'autre part, être en conséquence sous-entendues comme elle dans les actions de bonne foi[3] ; — 3° au point de vue de la durée, en exceptions péremptoires ou perpétuelles et temporaires ou dilatoires[4]. Les premières peuvent être invoquées, à quelque moment que soit fait le procès ; les secondes peuvent être évitées en différant la demande ou en la modifiant (exceptions dilatoires *ex tempore*, *ex persona*)[5]. Et, par suite de leur inégale efficacité, la *restitutio in integrum*, accordée au cas d'oubli des premières, l'était moins facilement au cas d'oubli des secondes[6]. Mais les unes et les autres, une fois invoquées et insérées dans la formule, font également perdre son procès au demandeur ; 4° quant aux personnes, en exceptions qui peuvent seulement être invoquées contre certains demandeurs et en exceptions qui peuvent être opposées à tout le monde (exceptions *in rem*, *in personam*), et surtout en exceptions qui ne peuvent être invoquées que par leurs bénéficiaires directs

1. Gaius, 4, 118. *Inst.*, *h. t.*, 7.

2. A la place d'actions civiles : loi Cincia, p. 953, n. 2 ; loi Plaetoria, p. 234, n. 1. Sur l'ordre du sénat, en vertu des sénatus-consultes Velléien : p. 802, n. 2, Trébellien : p. 928, n. 7, Macédonien : p. 581, n. 1 ; sur l'ordre de l'empereur en matière de bénéfice de division : p. 772, n. 5.

3. Ce système est fondé sur la combinaison d'un texte, *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 66, parlant d'exceptions *ab aequitate naturali abhorentes* et d'autres textes qui montrent un concours entre l'exception de dol et les exceptions *pacti*, *non numeratae pecuniae*, *rei venditae et traditae*. Mais il est très douteux qu'il y ait eu entre ces exceptions et l'exception de dol un droit d'option aussi complet au moins avant Ulpien. V. sur ce point et sur un fragment célèbre d'Ulpien, *D.*, 44, 4, *De exc. doli*, 2, 5, qui paraît même donner l'exception de dol à la place de toutes les exceptions possibles (en vertu du dol qu'on commettrait en agissant malgré ces exceptions), la solide analyse des textes d'H. Krueger, *Beiträge zur Lehre von der Exceptio doli*, 1, 1892 ; cf. cependant sur l'interprétation du second texte, A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 240, n. 1. — Nous admettons moins encore la doctrine appuyée surtout sur un texte interpolé (p. 532, n. 1) selon laquelle l'insertion de l'exception de dol dans la formule d'une action en ferait une action de bonne foi.

4. Gaius, 4, 120-124. *Inst.*, *h. t.*, 8-11.

5. En la différant : exception tirée du pacte *de non petendo ad tempus*, exceptions *litis dividuae* et *rei residuae* : p. 1054, n. 2. En la modifiant : exceptions *cognitoriae* et *procuratoriae*, tirées du défaut d'aptitude à agir par autrui ou pour autrui : p. 1043, n. 2.

6. Gaius, 4, 125.

et en exceptions qui peuvent l'être par d'autres intéressés (*exceptiones personae, rei cohaerentes*)[1] ; — 5° quant à leur effet sur la condamnation, en exceptions absolutoires qui entraînent l'absolution intégrale du défendeur (*eximunt reum condemnatione*) et en exceptions minutoires qui entraînent seulement une réduction de la condamnation (*minuunt condemnationem*). Mais, quoique cette distinction soit faite en forme dans les compilations de Justinien et qu'elle y soit appliquée au moins dans une solution d'espèce[2], nous ne croyons pas qu'elle fût admise sous la procédure formulaire : la formule prescrivant au juge de condamner si l'*intentio* était vérifiée et si l'exception ne l'était pas, subordonnant son pouvoir de condamner à une condition positive, résultant de l'*intentio*, et à une condition, ordinairement négative, résultant de l'exception, il devait nécessairement absoudre, quand la condition positive de son droit de condamner étaient bien réalisée, mais que la condition négative ne l'était pas, quand il reconnaissait que le demandeur était créancier, sur l'*intentio*, mais qu'il ne reconnaissait pas l'absence de dol, sur l'exception, et malgré le changement de législation, la preuve en est encore dans des textes que les compilateurs ont omis de remanier[3]. Il

1. Exceptions opérant *in rem*, comme l'exception *metus*, ou *in personam*, comme l'exception de dol : *D.*, 44, 4, *De exc. doli*, 4, 27 et ss. — Exceptions *rei cohaerentes*, comme celles de la loi Cincia, p. 954, n. 2, du sénatus-consulte Velléien, p. 802, n. 3, ou *personae cohaerentes*, comme celle du pacte *de non petendo in personam*, p. 728, n. 8 : *Inst.*, 4, 14, *De replic.*, 4.

2. Principe : Paul, *D.*, 44, 1, *De except.*, 22 : *Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem*. Application : Africain, *D.*, 16, 1, *Ad S. C. Vell.*, 17, 2 : *Creditorem partem dumtaxat pecuniae a muliere petere posse : quod si totum petierit, exceptione pro parte summovetur*. On cite comme prouvant l'effet minutoire, en particulier pour l'exception de dol, une quantité d'autres textes ; mais ils ne sont probants que pour des personnes déjà convaincues ; car ils se contentent de dire que le défendeur obtiendra une réduction grâce à l'exception, sans dire si ce sera en la faisant insérer dans la formule ou en menaçant le demandeur de l'y faire insérer à défaut de réduction de la demande.

3. L'effet exclusif non pas de certaines exceptions, mais de toutes, est affirmé par Gaius, p. 1047, n. 1, et à deux reprises par Ulpien, p. 1048, n. 3. Et on en trouve la preuve dans des solutions concrètes données précisément pour les cas où la doctrine que nous combattons admet l'effet minutoire, ainsi, pour l'exception de dol qui est le siège de la controverse. V. par ex. pour l'exception de dol opposée à l'action réelle les textes cités p. 350, n. 3, pour celle opposée à l'action personnelle, *D.*, 44, 4, *De exc. doli*, 2, 7 : *Nisi... deduxerit, exceptione summovendus erit*. Le mécanisme pratique selon lequel s'invoque l'exception, qui, insérée, ferait absoudre, mais dont à cause de cela la menace fera réduire la demande, est même décrit explicitement par plusieurs textes, ainsi par un fragment relatif à l'une des hypothèses où l'on a présenté le système de l'effet absolutoire comme le plus choquant pour l'équité, à celle où un créancier de 20 a fait un pacte de remise pour 10. Paul, *D.*, 2, 14, *De pact.*, 27, 5, ne dit pas que l'exception opposée fera réduire la condamnation, mais que l'exception à opposer fera réduire la demande (*efficeretur per exceptionem mihi opponendam ut tantum reliqua decem exigere debeam*). Un seul de ces textes, en discordance avec le droit de Justinien, donc nécessairement pur, devrait, en bonne critique, l'emporter sur des textes, même beaucoup plus nombreux, conformes au droit de Justinien, qui peuvent

n'en est autrement qu'au cas de bénéfice de compétence où la formule prescrit au juge de condamner le défendeur *in id quod facere potest, in quantum facere potest* [1] ; mais, à vrai dire, en dépit du langage impropre de quelques textes [2], cette clause mise dans la *condemnatio* de la formule est, si l'on veut, une partie accessoire spéciale, ce n'est pas une véritable exception greffée sur l'*intentio* de la formule [3].

avoir été corrigés. Mais ici les deux seuls textes contraires (p. 1050, n. 2) peuvent être directement mis hors de cause : celui d'Africain, qui dit que le créancier doit seulement agir pour partie et que, s'il agit pour le tout, il est repoussé pour partie, ne devient exact que si on enlève le *pro parte* final, produit d'une interpolation ou d'une maladresse ; car, si on le laisse, il n'est pas vrai que le créancier ne puisse pas agir pour le tout, ni qu'en agissant pour le tout, il soit écarté ; celui de Paul pourrait s'entendre du bénéfice de compétence que Paul désigne du nom peu exact d'exception (p. 1051, n. 2), et il est lui-même suspect à cause de l'illogisme d'une condition qui diminue un droit au lieu d'en commander la naissance. V. en général, A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 261-309. Eisele, *Compensatio*, pp. 67-92. Appleton, *Compensation*, pp. 333-391. L'effet minutoire est pourtant admis au cas d'action incertaine par Appleton, pp. 348-349. 377-378, suivi par Cuq, *Inst.*, 2, pp. 716-717, et pour les exceptions commençant par *quod non, qua de re non* ou des formules analogues par Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 998-1001.

1. *Inst.*, 4. 6, *De act.*, 38. 40. Les principaux débiteurs gratifiés du bénéfice de compétence sont : d'abord le donateur actionné en paiement de la donation, qui n'est même condamné que sur son actif net (p. 959, n. 5) ; puis, sur l'actif brut, l'associé poursuivi par l'action *pro socio* (p. 591, n. 8), certains auteurs de constitutions de dot (p. 971, n. 3), le mari actionné en restitution de dot par l'action *rei uxoriae* (p. 975, n. 3), et plus largement le conjoint poursuivi par son conjoint (p. 170, n. 2), le patron actionné par son affranchi (p. 125, n. 5), l'ascendant poursuivi par son descendant (p. 171, n. 5), le fils devenu *sui juris* poursuivi à raison des contrats qu'il a faits étant sous la puissance d'un auteur dont il n'a pas recueilli la succession (p. 474, n. 1), le failli poursuivi dans l'année qui suit la vente des biens, s'il n'a pas fait cession de biens (p. 1066, n. 3), ou à une époque quelconque, s'il a fait cession de biens (p. 1063, n. 2), et enfin les militaires investis de ce privilège comme de tous les autres par le Principat (Ulpien, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 6, *pr.* ; 18). Ce bénéfice vient soit de l'édit du préteur (par ex. pour l'associé, le fils de famille, le failli), soit de l'interprétation (par ex. pour l'action *rei uxoriae*), soit de constitutions impériales (par ex., pour le donateur, entre époux). Il est d'ordinaire exprimé dans la formule par une modification de la *condemnatio* qui porte alors : *Dumtaxat in quod facere potest condemnato* ; cependant il paraît fonctionner dans certaines hypothèses sans modification de la formule (v. pour l'action *rei uxoriae*. Paul, *D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 17, 2 ; cf. Lenel, *Edictum*, § 113, *in fine*). En tout cas, l'*intentio* ne reçoit aucun remaniement et par suite le droit est déduit tout entier en justice. C'est pourquoi le juge, avant de condamner le défendeur, lui commande de promettre par contrat verbal au demandeur de lui rembourser le reliquat, au cas où il reviendrait à une meilleure fortune (*D.*, 17, 2, *Pro socio*, 63, 4 ; cf. *C.*, 5, 13, *De r. u. a.*, 7).

2. En particulier de Paul, *D.*, 44, 1, *De exc.*, 7, *pr.* ; *D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 17.

3. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, pp. 263-264.

CHAPITRE II. — PROCÉDURE *IN JUDICIO*

Le procès, lié *in jure* par la *litis contestatio*, se dénoue *in judicio* par la prononciation de la sentence que la formule prescrit au juge de rendre. Nous avons à préciser selon quelles règles cette sentence sera rendue et quels en seront les effets.

§ 1. — Office du juge. — Prononcé de la sentence.

Le juge saisi par la formule [1] n'en tient, à la différence de celui qui était saisi par une Action de la loi, que des pouvoirs temporaires. Les *judicia* de la procédure nouvelle se divisent en *judicia legitima* organisés à Rome ou dans un rayon d'un mille autour de Rome devant un *unus judex* citoyen romain, entre parties ayant toutes la qualité de citoyens, et en *judicia imperio continentia*, auxquels manque l'un de ces trois éléments [2]. Or les pouvoirs du juge finissent avec ceux du magistrat qui l'a institué dans les *judicia imperio continentia* et une disposition positive de la loi Julia les a restreints à un délai de dix-huit mois pour les *judicia legitima* [3]. En conséquence, au bout d'un an au plus pour les premiers, au bout de dix-huit mois pour les seconds, le demandeur, dont le droit ancien a été éteint *ipso jure* ou *exceptionis ope* par la *litis contestatio*, perd le droit nouveau qu'elle lui avait donné à la place. La péremption d'instance fera disparaître son droit en même temps que les pouvoirs du juge.

1. Elle peut ou lui avoir été remise par les parties, ou lui avoir été transmise par le magistrat dans le corps même de l'invitation à juger le procès citée p. 1026, n. 2, dont il tient ses pouvoirs. Cf. Gaius, 4, 141 : *Ibi editis formulis*. M. Erman, *Z. S. St.*, 17, 1896, p. 334, a même cru voir une mention des *tabulae judicii* dans Horace, *Sat.*, 2, 1, 86-90. V. en sens contraire, Schlossmann, *Rheinisches Museum*, 59, 1904, pp. 160-164. Cf. Brassloff, *Z. S. St.*, 27, 1906, p. 210-220. F. v. Velsen, *Rheinisches Museum*, 1908, pp. 155-157 et Erman lui-même, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 271.

2. Gaius, 4, 103-109. Cf. le fragment d'Autun, 97-114. Les termes *judicia legitima*, *imperio continentia* (Gaius, 4, 104. 106, etc.) sont des abréviations des noms complets *judicium quod legitimo jure consistit*, *judicium quod imperio continetur* (Gaius, 4. 103. 105). Le fragment d'Autun appelle même les seconds par une contraction nouvelle *judicia imperialia*.

3. Gaius, 4, 103-105. Les *judicia legitima* s'éteignent aussi par *capitis deminutio* : Gaius, 3, 83. Autres différences des *judicia legitima* et *imperio continentia* : 1° quant à la nécessité de nommer un *tutor praetorius* pour un procès entre le tuteur et le pupille, p. 219, n. 2 ; 2° quant à celle pour la femme d'avoir l'*auctoritas tutoris* pour plaider, p. 226, n. 1 ; 3° quant à l'effet de l'*adjudicatio*, p. 321, n. 1 ; p. 384, n. 2 ; 4° quant à l'effet extinctif de la *litis contestatio*, p. 1029, n. 2. — Gaius, 4, 109, remarque qu'il ne faudrait pas confondre cette division des instances avec celle des actions en actions civiles et prétoriennes.

Le juge siège toujours en public, normalement aux jours du *rerum actus* [1] et en présence des parties. Il reste même toujours vrai, croyons-nous, que le juge doit, au cas de défaut d'un des plaideurs (*lis deserta*) [2], statuer, selon les XII Tables, en faveur de la partie présente et le jour même [3]. Le système de remises et de citations de la procédure de *contumacia* [4] n'a, en particulier, croyons-nous, jamais fonctionné pour les instances liées par la délivrance de formules.

C'est donc seulement quand les parties comparaissent toutes deux qu'interviennent les plaidoiries et l'administration des preuves, qui, comme dans le système précédent, interviennent d'un seul tenant ou en plusieurs audiences successives, sans ordre de succession bien rigoureux. Les preuves une fois fournies pour chaque point par la partie qui l'allègue [5], le juge reste absolument libre de se faire d'après elles sa conviction sur les faits sans être lié par aucune d'elles, pas même par exemple par l'aveu ou par le serment qui n'ont plus ici de valeur légale, qui ne constituent pour lui, comme les témoignages ou les titres, que des éléments d'appréciation [6]. Mais, une fois sa conviction librement formée, il est rigoureusement tenu d'en tirer les conséquences que lui indique

1. P. 995. Exception probable pour les récupérateurs, p. 1025, n. 4.

2. Le terme *eremodicium* souvent employé pour viser cette hypothèse ne se rencontre avant Justinien que dans deux textes d'Ulpien (*D.*, 4, 4, *De min.*, 7, 12 ; 46, 7, *Jud. solvi*, 13, *pr.*), où il est interpolé. V. Steinwenter, *Studien zum römischen Versaümnissverfahren*, 1914, pp. 92-97.

3. V. p. 995, n. 5. L'opinion autrefois dominante admettait qu'il se serait introduit avec le temps une procédure plus douce pour le cas de défaut du défendeur : le juge aurait néanmoins apprécié le mérite de la demande et ne l'aurait admise que si elle lui avait paru justifiée, en étant seulement empêché de tenir compte des moyens qu'eût pu prouver le défendeur. Mais l'ancien système n'est pas seulement, comme on le reconnaît d'ordinaire, encore en vigueur au temps de Cicéron, *In Verr.*, 2, 2, 17, 41. Il apparaît sans changement dans les textes juridiques postérieurs (v. par ex. *D.*, 4, 4, *De min.*, 8 ; *D.*, 42, 8, *Quae in fraud.*, 3, 1). Cf dans ce sens, A. Pernice, *Z. S. St.*, 14, 1893, p. 160. Wlassak, dans Pauly-Wissowa, 1, p. 121. Petot, *Défaut in judicio*, pp. 28-38.

4. *D.*, 5, 1, *De jud.*, 68-75. Paul, 5, 5 a, 6 (7), etc. Cette procédure est considérée par certains auteurs comme s'appliquant au défaut *in jure*, par d'autres comme s'appliquant au défaut *in judicio*, où le juge ne condamnerait le défendeur défaillant qu'après plusieurs délais destinés à lui permettre de produire ses preuves. Elle n'a, croyons-nous, jamais fonctionné qu'en matière extraordinaire. V. en ce sens A. Pernice, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 160-162. Steinwenter, *Studien*, pp. 9-14. Cf. plus haut, p. 1017, n. 1 et plus loin, p. 1094, n. 1.

5. *D.*, 22, 3, *De prob.*, 21 : *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. *D.*, 44, 1, *De exc.*, 1 : *Reus in exceptione actor est*.

6. V. pour la *confessio in judicio*, Africain, *D.*, 42, 2, *De confessis*, 7, à la vérité relatif à un procès extraordinaire, et Demelius, pp. 209-212 et pp. 357-408. Il en est de même du serment, non seulement de celui déféré par le juge à une des parties faute de preuves suffisantes, mais de celui déféré par une partie à l'autre. Les textes du *D.*, qui paraissent établir le contraire, Ulpien, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 34, 8. 9 (Lenel, 762. 763) et Paul, *D.*, 22, 3, *De prob.*, 25, 3 (Lenel, 1302), sont sûrement interpolés. Cf. Demelius, *Schiedseid und Beweiseid*, p. 141 et ss.

la formule. Il doit en dehors de toute autre considération faire exclusivement ce que la formule lui prescrit[1].

En conséquence, si la formule contient une inexactitude, le juge n'a pas le droit de la rectifier. Si le demandeur a, par erreur, demandé une chose au lieu d'une autre (*aliud pro alio*), il garde le droit de faire un nouveau procès pour l'autre chose; mais le juge saisi seulement de la demande actuelle doit la repousser. Il en est de même s'il s'est fait délivrer une formule dont la *demonstratio* est inexacte (*falsa demonstratio*). S'il a par mégarde demandé moins qu'il ne pouvait réclamer (*minus petitio*), il pourra encore faire un procès pour le reliquat, au moins au bout d'un certain délai; mais le juge n'a le droit de lui accorder de condamnation que pour le montant indiqué dans la formule. Si, par une erreur plus singulière, il s'est fait délivrer une formule où la *condemnatio* prescrit au juge de condamner à une somme inférieure au montant du droit qu'il sera reconnu avoir, il déduit en justice tout le droit indiqué dans l'*intentio* et le juge ne pourra pourtant le condamner qu'à la somme indiquée dans la *condemnatio*[2]. Enfin, si, dans des circonstances parfois difficiles à éviter, il a demandé plus qu'il ne lui est dû (*plus petitio*), et que la formule donne au juge le pouvoir de condamner seulement s'il est reconnu avoir droit à cela, le juge sera obligé de le repousser pour le tout, et le plaideur ne pourra agir à nouveau, car, en demandant le plus auquel il n'avait pas droit, il a demandé le moins auquel il avait droit. Ce double effet résulte de la combinaison des pouvoirs limités du juge et de la règle *bis de eadem re ne sit actio*. Mais il faut remarquer qu'il se produit seulement dans certaines conditions, d'une part, et d'autre part, qu'on y a apporté certains remèdes.

Quant aux conditions, la *plus petitio* est une demande judiciaire exagérée. Pour qu'elle existe, il faut d'abord une exagération[3], qu'on peut d'ailleurs commettre, soit *re*, quand, étant propriétaire d'une partie d'une chose, on la demande tout entière (ainsi en vertu d'un legs *per vindicationem* atteint par la loi Falcidia) ou quand, étant créancier de cent, on demande cent cinquante (par exemple à un héritier qu'on croit héritier

1. Il doit, dit Cicéron, *In Verr.*, 2, 2, 12, 30-31, s'y conformer, même quand cela conduit à un résultat absurde, quand elle lui dit de condamner si la chose appartient à une personne et si elle n'est pas rendue à une autre.

2. *Demonstratio* inexacte : Gaius, 4, 58-60, où il indique d'ailleurs des controverses (p. 1055, n. 2). *Aliud pro alio* : Gaius, 4, 55. Diminution de la *condemnatio* : Gaius, 4, 57, où il dit que le demandeur n'obtiendra pas de *restitutio in integrum*, tandis que le défendeur en obtiendrait une, si on avait mis dans la *condemnatio* un chiffre exagéré. *Minus petitio* : Gaius, 4, 56. 4, 122, d'après lequel seulement l'édit du préteur oblige celui qui n'aura intenté qu'une portion de son action, comme même celui qui n'a intenté qu'une des actions qu'il avait contre le défendeur, à attendre un changement de magistrat pour intenter sa nouvelle action (exceptions *litis dividuae*, *rei residuae*).

3. Gaius, 4, 53-54. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 33 *a*-33 *c*.

pour une part supérieure à sa part véritable), soit *tempore*, en agissant avant l'échéance[1], soit *loco*, en agissant dans un lieu autre que celui où le paiement pouvait être exigé, soit *causa*, en demandant, par exemple, un corps certain au lieu d'un genre. Mais il faut en outre que cette exagération se manifeste judiciairement dans l'*intentio* d'une action *certa*, selon laquelle le juge doit condamner si une condition est réalisée, absoudre au cas contraire[2]; sauf une difficulté pour la *plus petitio tempore*, on ne peut pas *plus petere* quand on demande un *incertum* (*quidquid paret oportere*)[3].

Quant aux remèdes, il y en a des préventifs et des curatifs. Quand une personne a commis une *plus petitio* par suite d'une erreur excusable, on lui accorde une *in integrum restitutio*[4]. De plus, il y a des moyens pour éviter la *plus petitio* dans certains cas. Celui qui veut poursuivre son débiteur dans un lieu où il le trouve et où la créance n'était pas payable, peut demander, à la place de son action *certa*, l'action *de eo quod certo loco* où le juge assurera sa satisfaction en tenant compte du change[5].

1. Au cas où l'on agit avant l'échéance de la condition, on perd certainement le procès pour cause de *plus petitio*, comme le dit Justinien, *Inst*, *h. t.*, 33 *b*. La seule question, que ce texte ne tranche aucunement, est de savoir si on pourra agir à nouveau après l'événement de la condition, si par conséquent l'obligation est considérée comme existant déjà avant l'événement de la condition ou comme née seulement alors (p. 483 et ss.). Les textes paraissent admettre ici une obligation nouvelle en vertu de laquelle on pourra agir à nouveau (Paul, *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, 43, 9; Julien, *D.*, 46, 4, *De solut.*, 36).

2. Gaius, 4, 53: *Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit.* Une difficulté spéciale était soulevée par les actions *in factum* où la *demonstratio* et l'*intentio* sont fondues dans une partie unique. En considérant cette partie comme une *demonstratio*, on dirait qu'on perd le procès actuel et qu'on peut en faire un nouveau; en la considérant comme une *intentio*, qu'on le perd et qu'on ne peut en faire de nouveau. C'est le second point de vue qu'on adopte généralement et qui est appliqué par Gaius, 4, 60, à l'action *depositi in factum*, où il qualifie la partie en question du nom d'*intentio*; mais en revanche, le début du texte indique une doctrine qui la qualifie du nom de *demonstratio* et qui admettait que, par exception, dans les actions infamantes telles que l'action d'injures, l'exagération dans la *demonstratio* entraînerait la perte du procès. La mutilation de la fin du texte empêche une décision certaine. Cf. Audibert, *Mélanges Girard*, 1, pp. 61-65.

3. Gaius, 4, 54. Au cas d'action incertaine intentée avant le terme, il n'est pas douteux que le demandeur déduit son droit en justice et ne pourra agir à nouveau après le terme; pour que la *plus petitio* ne lui nuise pas, il faudrait donc qu'il obtînt sur sa première action une condamnation. On a dit qu'il l'obtiendrait avec déduction d'un escompte, ou que le juge la prononcerait à terme, ou que le juge attendrait l'arrivée du terme pour la prononcer. Mais, à vrai dire, aucun de ces procédés n'est parfaitement satisfaisant et tous atteignent plus ou moins les intérêts du débiteur.

4. Gaius, 4, 53. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 33.

5. *D.*, 13, 4, *De eo quod certo loco dari oportet.* L'article de M. Dumas, *N. R. H.*, 34, 1910, pp. 610-669, relève la bibliographie antérieure. Il faut encore ajouter depuis les études de M. Biondo Biondi, *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, 1911. *B. Ist. D. R.*, 26, 1913, pp. 5-50. 153-163, et de M. Arangio Ruiz, *B. Ist. D. R.*, 25, 1912, pp. 130-195. 26, 1913, pp. 147-152. Cette action était d'autant

Celui qui ne sait pour quelle part une personne est héritière du débiteur peut recourir à l'interrogation *an heres sit et ex quota parte*. Celui qui craint de commettre une *plus petitio* en revendiquant le montant d'un legs réduit peut-être par la loi Falcidia peut, au lieu de la *rei vindicatio* ordinaire, intenter une *vindicatio incertae partis*[1].

D'autre part, en vertu de la même idée qui fonde le système de la *plus petitio*, le juge auquel la formule prescrit de condamner le défendeur si l'*intentio* est vérifiée et si un fait allégué dans l'exception ne l'est pas, devra, croyons-nous, absoudre le défendeur, si l'exception est vérifiée, ne pourra alors recourir à un réduction de condamnation (p. 1050, n. 2).

Enfin, c'est toujours en partant de la même idée que la doctrine la plus logique et sans doute la plus ancienne décidait que le juge devait condamner le défendeur, dès lors qu'il était tenu au moment de la délivrance de la formule et qu'il n'y avait pas de clause spéciale autorisant à tenir compte des faits postérieurs ; que notamment, sauf dans les actions arbitraires et dans les actions de bonne foi, il devait condamner le défendeur, nonobstant toute satisfaction fournie par lui au demandeur au cours du procès. Et cette doctrine était encore soutenue par les Proculiens au temps de Gaius. Mais les Sabiniens soutenaient dès alors une doctrine contraire qui a prévalu (*omnia judicia sunt absolutoria*)[2] et

plus nécessaire que le créancier, qui ne pouvait poursuivre le débiteur où il était par son action ordinaire parce qu'il aurait commis une *plus petitio*, ne pouvait pas non plus le poursuivre au lieu de paiement où il n'était pas, parce qu'il n'y a pas à Rome de procédure par défaut *in jure*. Elle est désignée par les textes avec une persistance singulière du nom d'action *arbitraria*. Une grande partie des difficultés qu'elle soulève disparaîtrait, si on admettait avec M. Lenel, *Edictum*, § 96, qu'elle est *arbitraria* dans un sens différent des actions arbitraires ordinaires, non pas en ce sens qu'avant de passer à la condamnation le juge y rendrait un *arbitratus* préalable, mais en ce sens que la condamnation y est arbitrée par le juge (v. par ex. *D.*, *h. t.*, 3 ; 8). Cependant le sens primitif des textes est altéré par des interpolations (v. Naber, *Mnemosyne*, 30, pp. 319-322. Gradenwitz, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 239-240), et la formule pourrait avoir contenu une *clausula arbitraria* excluant la condamnation au cas de satisfaction du demandeur et même en outre, comme le conjecture M. Gradenwitz, pp. 228-251, une addition à la *condemnatio* permettant au juge d'en élever le montant dans l'intérêt du même demandeur, qu'il suppose y avoir été insérée seulement par Julien. M. Arangio Ruiz a même conjecturé, en partant de ce que les textes qui appellent l'action *arbitraria* sont en partie certainement interpolés et se trouvent presque tous au même lieu du Digeste (*D.*, 13, 4), que cette qualification pourrait ne lui avoir été attribuée que par les compilateurs.

1. *Interrogationes in jure* : p. 1019, n. 3. *Vindicatio incertae partis* : p. 1035, n. 3. Ulpien, *D.*, 5, 4, *Si pars hered. pet.*, 1, 5, indique également le cas où, par suite d'une grossesse, un héritier ne peut savoir pour quelle part de l'hérédité il a la pétition d'hérédité.

2. Gaius, 4, 114 (cf. Justinien, *Inst.*, 4, 17, *De off. jud.*, 2). Le texte mutilé de Gaius ne fait pas parfaitement savoir si les Proculiens repoussaient la possibilité d'une satisfaction *inter moras litis* dans toutes les actions autres que les actions de bonne foi et les actions arbitraires. Paul, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 84, applique encore nettement la doctrine proculienne.

il y a eu d'autres atténuations du même ordre, notamment pour les cas fortuits survenus depuis la *litis contestatio* [1].

C'est aussi la formule qui indique la rédaction de la sentence. Sauf dans les actions préjudicielles, cette sentence doit contenir une absolution ou une condamnation pour le montant de laquelle ce sont de nouveau les instructions du magistrat qui fixent les pouvoirs du juge [2]. Elle est prononcée oralement, sans qu'il paraisse y avoir pour elle de termes sacramentels.

§ 2. — Effets de la sentence. Chose jugée.

La sentence peut, dans certaines actions, entraîner des peines pour le plaideur téméraire. Quand c'est une sentence de condamnation, elle donne au demandeur un droit nouveau sanctionné par l'action *judicati*. Elle a toujours pour effet de valoir chose jugée [3].

La théorie de l'autorité de la chose jugée [4] tire son origine des règles relatives à l'effet extinctif de la *litis contestatio*. De même que la *litis contestatio* éteint, tantôt *ipso jure* et tantôt *exceptionis ope*, le droit déduit en justice, le jugement fait naître contre celui qui voudrait faire un second procès après le premier, une exception qu'on croit souvent être une *exceptio rei judicatae* distincte de l'*exceptio rei judicium deductae*, qui paraît plutôt former avec elle une exception unique *rei judicatae vel in judicium deductae* [5] et qui semble même faire double emploi

1. V. les renvois, p. 1028, n. 4. C'est encore par une dérogation à la rigueur de cette idée que le juge peut, avant la sentence, ordonner aux parties de faire certaines promesses (*stipulationes judiciales* : p. 1069, n. 3) moyennant lesquelles il statuera dans un certain sens et qu'on rencontre dans à peu près toutes les actions.

2. Cf. p. 1037 et ss. Au cas de pluralité de juges, notamment de récupérateurs, le partage des voix emporte absolution du défendeur et le dissentiment sur le montant de la condamnation, condamnation au chiffre le plus faible (Paul, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 38).

3. V. sur l'action *judicati*, la p. 1061. Quant aux peines des plaideurs téméraires, nous signalons ailleurs les pénalités résultant : pour les deux parties de la perte du *sacramentum* (p. 1003, n. 2) et des *sponsiones* et des *restipulationes* pénales usitées en matière de *condictio certae pecuniae* (p. 502, n. 4), de constitut (p. 615, n. 6) et d'interdits (p. 1076, n. 4) ; pour le défendeur, de l'infamie (pp. 201-202) et de la condamnation au double au cas d'*infitiatio* (p. 1038, n. 1). Nous ajouterons seulement, pour celles qui frappent le demandeur, que le défendeur absous peut en l'absence d'autre peine et quand il n'a pas recouru au *jusjurandum calumniae* (p. 1019, n. 4), obtenir une indemnité, en général du 10e de ce qu'on lui demandait à tort, probablement en vertu d'une clause additionnelle adjointe à la formule de l'action principale et jugée après elle, dans toutes les actions, en prouvant la mauvaise foi du demandeur (*judicium calumniae*) et dans quelques-unes, sans cela (*judicium contrarium*). Cf. Gaius, 4, 177-178.

4. *D.*, 44, 2, *De exceptione rei judicatae*. V. les auteurs cités, p. 1027, n. 1. Ajoutez Esmein, *Mélanges Gérardin*, pp. 229-253.

5. Cette unité discernée par Lenel, *Edictum*, § 275, et contestée depuis par Eisele, *Abhandlungen zum Civilprocess*, 1889, pp. 4-8. *Z. S. St.*, 21, 1900, pp. 1 et ss. que suivent plus ou moins résolument, Erman, *Mélanges Appleton*, 1903, pp. 294-295, Bekker, *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 347, n. 1, et Koschaker, *Translatio*

avec elle [1], mais qui, en tout cas, a commencé par être une application de la même idée, de l'idée que celui qui a été poursuivi et jugé une première fois ne doit pas l'être une seconde, que la première instance ait fini par un jugement de condamnation ou d'absolution.

Dans le second cas, elle aboutissait déjà à empêcher de contester la vérité de la chose jugée, à empêcher celui dont le juge avait repoussé la première demande d'obtenir un second jugement contraire. Mais elle n'y arrivait que d'une manière accidentelle, non pas en partant de l'idée que ce qui a été reconnu dans un premier procès ne doit pas être mis en question, mais en partant de l'idée qu'une action, exercée une première fois, ne peut l'être une seconde. Par suite, elle n'entravait pas à beaucoup près tous les procès où étaient mis en discussion les faits déjà jugés entre les parties ; ainsi elle n'empêchait pas celui qui avait intenté la revendication et qui avait triomphé de pouvoir ensuite être actionné par le perdant ; car, à l'époque formulaire, où il n'y a plus de *contravindicatio* correspondant à la *vindicatio*, le défendeur n'a pas encore agi et peut donc le faire. Elle pouvait même entraver des procès qui n'avaient pour but que d'assurer le respect de la chose jugée, comme par exemple celui où le demandeur, qui avait intenté une première fois la revendication et qui avait été reconnu propriétaire, mais qui n'avait pas obtenu la chose, parce que le défendeur avait prouvé en avoir perdu la possession sans sa faute, voulait revendiquer après le retour de la chose entre les mains de ce dernier : il avait fait un procès, il ne pou-

judicii, 1905, p. 8, n. 3, nous paraît toujours à la fois justifiée par le dépouillement des commentaires de l'édit et par le langage de Gaius ; v. en particulier l'énumération de Gaius, 4, 121 : *Veluti quod metus causa, aut dolo malo, aut quod contra legem senatusve consultum factum est, aut quod res judicata est vel in judicium deducta est*, et la formule constante du même Gaius, 4, 106-107. Le fragment d'Autun, 110 (*Textes*, p. 369) ne prouve pas qu'il y eut deux exceptions dans l'édit, mais tout au plus, s'il prouve quelque chose, que celui des deux termes de l'exception qui se trouvait hors de cause pouvait y être effacé lors de la délivrance concrète de la formule.

1. En effet, s'il peut y avoir déduction en justice sans jugement, il ne peut y avoir jugement sans déduction en justice. L'objection est un peu atténuée depuis que M. Lenel a démontré qu'il n'y a pas deux exceptions *rei in judicium deductae* et *rei judicatae*, mais une exception unique *rei judicatae vel in judicium deductae*, où la déduction en justice est seulement signalée en dernière ligne, à titre de précaution, pour le cas où il n'y aurait pas de jugement. Nous relèverons seulement deux des explications qui ont été proposées en dehors de là. Selon M. Eisele, *Abhandlungen zum röm. Civilprocess*, 1889, pp. 3-64, l'exception *rei judicatae* aurait d'abord été créée pour les *judicia imperio continentia*, où l'effet extinctif se produisant dès la *litis contestatio* aurait paru trop rigoureux à cause de la péremption d'instance, inconnue aux anciennes actions, à laquelle ils étaient exposés (p. 1052). Suivant M. Naber, *Mnemosyne*, 1888, l'exception *rei judicatae* s'appliquerait au même droit invoqué par une action différente, ainsi qu'indiquerait l'allusion faite par Cicéron, *De fin.*, 5, 29, à une prescription *de eadem re alio modo*.

vait en faire un second sans se voir opposer l'exception, l'autorité négative de la chose jugée.

Mais la jurisprudence du temps de l'Empire, tout en laissant subsister l'effet extinctif de la *litis contestatio* et du jugement, a fait de l'exception de chose jugée un instrument pour l'idée nouvelle d'autorité de la chose jugée, pour l'idée qu'un point déjà tranché régulièrement entre deux parties ne doit pouvoir être remis en question entre elles devant un nouveau juge aussi sujet à l'erreur que l'ancien. Le plaideur, contre lequel on voudra soulever à nouveau la question tranchée dans le premier procès, fera écarter la contestation en invoquant la chose jugée, dans sa fonction positive, dit-on, même quand il ne pourrait pas l'invoquer dans sa fonction négative, ainsi quand c'est lui qui a fait le premier procès et l'adversaire qui fait le second [1] ; même quand elle pourrait être invoquée contre lui dans sa fonction négative, ainsi quand il a fait un premier procès, où il a prouvé son bon droit et qu'il en fait un second après le retour de la chose entre les mains du défendeur : à l'autorité négative de la chose jugée invoquée par le défendeur sous forme d'exception, il opposera par voie de réplique son autorité positive [2].

Il s'est ainsi constitué, non sans tâtonnements, une théorie nouvelle de la chose jugée distincte de l'ancienne et selon laquelle on a, sous une forme ou sous une autre, l'exception de chose jugée, toutes les fois que la même question est soulevée entre les mêmes personnes [3].

Il faut d'abord identité de question. Il faut que la nouvelle instance pose une question déjà soumise à un autre juge. Celui qui s'est prétendu possesseur en intentant un interdit peut se prétendre propriétaire en revendiquant. Celui qui a revendiqué peut se prétendre créancier. Il n'y a pas identité de question [4]. Mais il ne faudrait pas exiger, avec une autre formule [5], l'identité de cause et l'identité d'objet. L'autorité de la chose jugée peut exister sans identité d'objet, ainsi quand on intente l'action *quanti minoris* après l'action rédhibitoire pour le même vice [6]. Elle peut exister sans identité de cause : la revendication intentée à un titre l'est par là même à tous les autres ; s'il en est d'ordinaire différemment pour

1. Julien, chez Ulpien, *D.*, 3, 3, *De proc.*, 40, 2.

2. Le jeu d'exception et de réplique est indiqué nettement par Neratius chez Ulpien, *D.*, *h. t.*, 9, 1. V. aussi Marcien, *D.*, 20, 1, *De P. et H.*, 16, 5. Gaius, *D.*, *h. t.*, 17, exprime plus elliptiquement les mêmes idées en disant que l'exception ne nuira pas au demandeur. L'interprétation de ces textes est d'ailleurs très discutée. V. en dernier lieu, R. Leonhard, *Festgabe f. F. Dahn*, 1905, 2, pp. 67-106, et la réponse d'Erman, *Z. S. St.*, 27, 1906, pp. 405-419.

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3 : *Julianus libro tertio digestorum respondit exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur.*

4. Paul, *D.*, *h. t.*, 14, 3 ; 31.

5. Paul, *D.*, *h. t.*, 12 ; 14, *pr.* origine de l'art. 1351 du C. civ.

6. Julien, *D.*, *h. t.*, 25, 1.

les actions personnelles, c'est que la différence de cause y entraîne une différence de question [1].

Il faut ensuite identité de personnes. Il n'y a que les parties à être obligées de s'incliner devant l'autorité de la chose jugée, comme à pouvoir s'en prévaloir [2]. Mais ce qui est exigé, c'est l'identité juridique et non pas l'identité physique. Ainsi il y aura identité physique, il n'y aura pas identité juridique, il n'y aura pas chose jugée, quand la partie se présentera en une autre qualité, quand, après avoir plaidé *alieno nomine* comme tuteur, elle plaidera *proprio nomine*. A l'inverse, il peut y avoir chose jugée, identité juridique sans identité physique, ainsi pour la chose jugée avec le représentant judiciaire d'une personne, selon les distinctions déjà vues ; ainsi pour le successeur universel, relativement aux procès où a figuré son auteur ; même pour le successeur à titre particulier, relativement aux procès qu'a soutenus son auteur avant l'acquisition [3]. Ce sont là de simples applications du principe que la chose jugée est opposable à ceux qui ont figuré juridiquement au procès. Au contraire, il y a une véritable dérogation aux principes dans certains cas, principalement relatifs aux matières d'état et d'hérédité [4], où la chose jugée avec le principal intéressé est réputée jugée avec les intéressés accessoires. Par exemple, la chose jugée entre l'héritier ab intestat et l'héritier testamentaire est réputée jugée au regard des personnes gratifiées dans le testament, mais elle ne l'est pas à l'égard de tous : le succès de l'héritier ab intestat qui écarte la réclamation des légataires n'empêche pas la pétition d'hérédité fondée sur un autre testament.

1. Paul, *D.*, *h. t.*, 14, 2. C'est un point douteux de savoir dans quelle mesure on peut écarter cet effet pour l'action réelle en spécifiant dans une *praescriptio* la cause en vertu de laquelle on agit (*D.*, *h. t.*, 11, 2).

2. Gordien, *C.*, 7, 56, *Quib. res jud.*, 2 : *Res inter alios judicatae neque emolumentum adferre his qui judicio non interfuerunt neque praejudicium solent inrogare.*

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 11, 10.

4. *D.*, 25, 3, *De agnosc. lib.*, 1, 16 ; 2 ; 3, *pr.* *D.*, 30, *De leg.*, *I*, 50, 1. C'est l'origine de la théorie dite du contradicteur légitime.

CHAPITRE III. — EXÉCUTION. VOIES DE RECOURS

SECTION I. — Exécution.

L'exécution au profit de celui qui avait obtenu un jugement ou qui avait un titre équivalent se résumait, sous les Actions de la loi, sinon pour les actions réelles où il n'y avait pas d'exécution directe, où les *praedes* permettaient de s'en passer, au moins pour les actions personnelles, dans le droit du créancier d'intenter au bout de trente jours, au besoin après une *litis aestimatio* préalable, la *legis actio per manus injectionem*. Il avait la *manus injectio judicati*, une action à la place d'une autre, mais une action qui lui permettait de s'emparer de la personne du débiteur pour le tuer ou le vendre avant la loi Poetelia Papiria, pour le faire travailler après, une action qui de plus lui permettait d'atteindre les biens, directement au cas de mort ou de *capitis deminutio*, et sans cela indirectement en vertu de l'arrangement amiable possible entre lui et son prisonnier.

Dans la procédure nouvelle, on rencontre : d'abord, pour les actions réelles, une copie de l'exécution contre les *praedes*, dans la procédure *per sponsionem* accompagnée de la stipulation *pro praede litis et vindiciarum* ; ensuite, pour les actions réelles et certaines actions personnelles, la possibilité d'une satisfaction en nature, résultant de l'exécution de l'*arbitratus* des actions arbitraires ; enfin et surtout, dans toutes les actions réelles et personnelles, une action qui remplace la *manus injectio judicati*, l'action *judicati*[1]. C'est une simple transposition de la *manus injectio judicati* dont sa formule contient peut-être la fiction. Elle tend, comme elle, à une somme d'argent, ce qui est, à notre avis, la grande cause du système des condamnations pécuniaires. Elle entraîne, comme elle, la peine du double au profit du demandeur que l'on contraint injustement à faire un procès : elle est au double *adversus infitiantem*. Enfin elle ne peut comme elle être repoussée que par celui qui trouve un répondant, un tiers prêt à le garantir, une caution[2]. Et précisément par suite de ces similitudes, elle est une action qui mène inéluctablement à l'exécution sur la personne ou sur les biens.

En effet, il y aura bien délivrance de formule si le défendeur nie l'existence d'un jugement valable et s'il donne caution. Alors il y a un procès nouveau après l'ancien ; seulement le demandeur est rému-

1. Cf. Wenger, *Zur Lehre von der Actio Judicati*, 1901.
2. Gaius, 4, 9. 102. Cf. sur la formule de cette action, Lenel, *Edictum*, § 226. Wlassak, *Processgesetze*, 1, pp. 97-103. Wenger, *Actio judicati*, p. 96 et ss.

néré du retard par la peine du double et la caution le protège contre tout risque de perte. Mais, si le défendeur ne défend pas à l'action *judicati*, soit parce qu'étant solvable, il ne veut pas encourir le double, soit parce qu'étant insolvable, il ne trouve pas de caution, il lui faut immédiatement payer. Sans cela, il encourra l'exécution, qui est, en première ligne, une exécution sur la personne copiée sur celle de la *manus injectio* ; qui peut, en second lieu, être une exécution sur l'ensemble du patrimoine juxtaposée à la première par l'édit du préteur ; que nous ne croyons pas en revanche, contrairement à l'opinion dominante, avoir pu être, dans notre procédure, une exécution particulière sur certains biens (*pignus ex judicatî causa captum*[1]).

I. Exécution sur la personne. — Le *judicatus* qui ne paie ni ne défend est toujours attribué au demandeur et emmené par lui sur l'autorisation du magistrat (*duci jubere*) dans une prison privée où il peut être tenu enfermé et enchaîné jusqu'à ce qu'il ait payé ou se soit racheté par son travail. C'est un moyen de contrainte, efficace contre un débiteur solvable récalcitrant, qui, en dehors des solennités définitivement supprimées par la loi Julia, est semblable à celui qui résultait de la *manus injectio* depuis la loi Poetelia Papiría et qui a subsisté durant toute la période classique[2]. C'est même là toujours la voie d'exécution régulière entre toutes, indiquée en première ligne par l'édit et seule ouverte aux magistrats qui, comme les magistrats municipaux, n'ont que la juridiction[3].

1. On soutient ordinairement le contraire, en rapportant à l'exécution des jugements de la procédure ordinaire le système du *pignus ex judicati causa captum* où le magistrat fait, sur la requête du créancier, saisir par ses appariteurs un ou plusieurs biens du débiteur qui sont, faute de rachat dans un certain délai, vendus par les appariteurs du magistrat jusqu'à concurrence de la créance. Mais rien ne prouve que cette procédure qui a été introduite par des rescrits impériaux au II° siècle, en premier lieu par Antonin le Pieux, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 33 ; 15 (les indications d'application plus anciennes viennent de confusions), ait jamais été admise pour l'exécution de procès réguliers appartenant à l'*ordo*. Elle a plutôt été, croyons-nous, comme le système de remises et de citations du cas de *contumacia* (p. 1017, n. 1), une institution spéciale à la procédure extraordinaire qui fonctionnait à notre époque pour les procès extraordinaires. V. en ce sens, Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, pp. 31-42 ; 14, 1893, p. 180, n. 3 ; en sens contraire Ubbelohde, dans Hartmann, *Ordo judiciorum*, 1, 1886, p. 496, n. 15.

2. On y rencontre des allusions nombreuses, sans parler des textes littéraires (Sénèque, *De benef.*, 3, 8 ; Quintilien, *Inst. or.*, 5, 10, 60. 7, 3, 27 : p. 131, n. 4 ; Aulu-Gelle, 20, 1, 51), dans les textes juridiques en particulier dans les commentaires de l'édit (*Textes*, pp. 159-160 ; Lenel, *Edictum*, §§ 198-201) qui établissent sa survivance, non seulement au temps de la confection de l'édit, mais à celui de Gaius, de Paul et d'Ulpien.

3. Place dans l'édit : Lenel, *Edictum*, § 198 et ss., pour elle et § 202 et ss., pour l'exécution sur les biens. Compétence des magistrats municipaux pour elle et non pour l'exécution sur les biens : loi Rubria, cc. 21. 22 (p. 1021, n. 1).

II. Exécution sur les biens (*venditio bonorum*) [1]. — Seulement, à côté de l'exécution sur la personne, de la contrainte par corps il y a une autre exécution que l'édit mentionne seulement en seconde ligne et qui, même pour les procès de la compétence des magistrats municipaux, ne peut être prononcée par eux. C'est l'exécution sur les biens à laquelle le créancier peut recourir, s'il le préfère, quand l'exécution sur la personne est possible, à laquelle seule il peut recourir quand celle sur la personne est impossible, en fait, parce que le défendeur est absent ou se cache, en droit, parce qu'il a usé du bénéfice de cession de biens établi au début de l'Empire au profit des débiteurs insolvables [2].

Dans cette seconde procédure, le patrimoine est saisi à la requête de l'un des créanciers (*missio in possessionem*) et, après certains délais et certaines formalités, il est vendu au profit de tous (*venditio bonorum*), au plus haut enchérisseur, plus précisément à un personnage qui prend l'actif en assumant l'obligation de faire face aux créanciers, de les payer en tout ou partie selon le cahier des charges, s'il ne conteste pas régulièrement leurs créances.

Cette procédure a été établie par le préteur, admet-on généralement et, croyons-nous, avec raison, à l'imitation de celle suivie contre les débiteurs de l'État. L'État n'avait naturellement pas moins de droits contre ses débiteurs que les particuliers contre les leurs, il en avait même davantage [3]; seulement, non pas en vertu de sentiments philanthropiques, mais en vertu de causes accidentelles tenant à des divisions de pouvoirs [4], il a restreint, de bonne heure, l'exécution à laquelle

1. Cf. Dernburg, *Ueber die emtio bonorum*, 1850. Ubbelohde, *Ueber das Verhältniss der bonorum venditio zum ordo judiciorum*, 1890. Kniep, *Mélanges Girard*, 1912, 1, pp. 623-643.

2. *D.*, 42, 3, *De cessione bonorum*. Cf. Wlassak, dans Pauly-Wissowa, 3. 2, 1899, v° *Cessio bonorum*. Grâce à ce bénéfice, le débiteur se soustrait à l'exécution sur la personne en abandonnant ses biens à ses créanciers pour qu'ils les fassent vendre. On cite comme précédent la disposition transitoire de la loi Poetelia Papiria, libérant tous les *nexi qui bonam copiam jurarunt* (Varron, *De l. L.*, 7, 105; cf. aussi ensuite Salluste, *Catil.*, 32; loi Julia de 709, lignes 113. 115). Il fut établi à titre stable par une loi Julia de César ou plus probablement d'Auguste (Gaius, 3, 78). Outre la suppression de la contrainte par corps, le débiteur y trouve l'avantage d'éviter l'infamie (*C.*, 2, 11 (12), *De causis*, 11; cf. p. 1065, n. 3) et de ne pouvoir plus désormais être condamné à raison de ses dettes anciennes qu'*in id quod facere potest* (*Inst.*, 4, 6, *De act.*, 40).

3. Il pouvait, sans jugement (p. 983, n. 1), comme les particuliers après le jugement, les mettre à mort ou les vendre à l'étranger comme esclaves. C'est généralement admis et c'est prouvé par des textes formels, par ex. pour le débiteur du tribut, pour celui qui empêche la fixation du tribut à son encontre en ne se présentant pas au cens (Cicéron, *Pro Caec.*, 34, 99). Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 203.

4. L'exécution revenait, avons-nous vu (p. 983, n. 1), aux magistrats que concernaient la reconnaissance et le recouvrement des créances de l'Etat, par conséquent de bonne heure principalement aux censeurs et surtout aux questeurs; or, ils n'avaient pas le droit de priver eux-mêmes une personne de la vie ou de la liberté. Ils étaient obligés de recourir pour cela à l'intervention complaisante

il procédait contre eux; à leur patrimoine, que les questeurs saisissaient et vendaient en bloc, après des affiches préalables, au plus offrant ainsi rendu propriétaire des choses corporelles, créancier des créances et débiteur des dettes d'après le droit civil lui-même (*sectio bonorum*)[1]. Le préteur, une fois investi par la loi Aebutia de nouveaux pouvoirs[2], a imité ce modèle dans la procédure de *venditio bonorum* où la vente des biens faite après une *missio in bona* et certaines autres formalités préalables produit au profit de l'adjudicataire un effet symétrique *jure praetorio*. La procédure a trois phases : la *missio in bona*, les préliminaires de la vente et la vente elle-même.

1. *Missio in bona*. La *missio in bona rei servandae causa* est prononcée par le préteur pour provoquer le paiement ou la défense à l'action dans des cas très variés, non seulement quand l'exécution sur la personne est possible (débiteur jugé, *confessus certae pecuniae*, etc.), mais quand elle est impossible (débiteur absent qui n'a pu être condamné, débiteur mort sans héritier, débiteur frappé d'une condamnation capitale, peut-être débiteur qui a fait cession de biens, etc.)[3]. Accordée par le magistrat au créancier qui la demande, elle a pour effet de permettre à ce créancier, comme à tous les autres, car elle est prononcée *in rem*, non pas de posséder les biens, mais de les garder, à côté du débiteur

d'autres magistrats ayant ce pouvoir, des consuls (Zonaras, 7, 19). Au contraire ils avaient le droit de saisir et de vendre les biens. Par conséquent, ils ne pouvaient faire que la seconde chose, quand ils ne pouvaient ou ne voulaient recourir à l'intermédiaire indispensable pour la première. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 203 ; 4, p. 44, n. 1 ; p. 251.

1. Cf. p. 289. Varron, *De r. r.*, 2, 10, 4, cite ce cas comme un de ceux d'acquisition de la propriété quiritaire. L'acquéreur était en outre protégé par un interdit *adipiscendae possessionis*, l'*interdictum sectorium* (Gaius, 4, 146).

2. Quoiqu'on la fasse parfois remonter beaucoup plus haut dans le passé, notamment à cause de Tite-Live, 8, 28, cette procédure qui produit des effets prétoriens, qui est sanctionnée seulement par des actions prétoriennes, ne peut dater que de la loi Aebutia ; mais elle est connue très peu de temps après. Non seulement elle existe en l'an 673, où Cicéron prononça son plaidoyer *pro Quinctio*, et en l'an 643, où la loi agraire en parle, ligne 56, mais d'après Gaius, 4, 35, elle paraît avoir été créée par P. Rutilius Rufus, inventeur de la formule Rutilienne, qui fut consul en 649 et préteur au plus tard en 636. Cf. Girard, *Mélanges*, 1, pp. 91-94.

3. V. sur ces cas visés en totalité ou en partie, dans le titre *quibus ex causis in possessionem eatur* de l'édit, nos *Textes*, pp. 160-161, et Lenel, *Edictum*, §§ 202-212. Cf. Ramadier, *Effets de la missio in bona rei servandae causa*, Thèse Paris. 1911, et, sur l'absence, en particulier dans le *Pro Quinctio*, Fliniaux, *Etudes Girard*, 1, pp. 43-64. Ils comprennent, à la fois, non seulement des cas où l'exécution sur la personne est possible et des cas où elle ne l'est pas, mais des cas où il y a un jugement ou un acte assimilé et des cas où le jugement est impossible ; ainsi celui où le défendeur comparaissant refuse son concours à l'organisation de l'instance (p. 1023), celui où après avoir fourni un *vindex*, il ne comparaît pas (p. 1016, n. 2), celui où il se cache pour empêcher l'*in jus vocatio*, celui où il est absent, incapable et où personne ne se présente pour le défendre, celui où il est mort sans héritier, etc. — Au cas de cession de biens, il est sûr qu'il y aura *venditio bonorum* ; mais on peut se demander si la cession entraîne le décret de *missio* ou le remplace.

ou en son absence, pour en empêcher le détournement[1], et par contre elle oblige les saisissants à des affiches (*proscriptiones*), qui feront connaître la *missio* et qui par suite pourront provoquer sa fin en amenant des amis de l'intéressé à intervenir soit pour payer, soit pour plaider.

Ce sera le seul résultat, quand le préteur ne promet que la *missio in possessionem*, dit seulement dans son édit : *Bona possideri proscribique jubebo*. Et même c'est surtout alors que, la situation pouvant se prolonger, les créanciers feront nommer pour veiller à la conservation et à la reconstitution de la masse, un administrateur, le *curator bonorum*, qui est nommé sur leur requête par le préteur et pris soit parmi eux, soit en dehors[2]. Mais, dans les cas les plus nombreux, peut-être dans tous sauf dans celui où la personne dont les biens sont saisis sans jugement est un impubère ou un absent *rei publicae causa*, le préteur dit : *Bona ex edicto possideri proscribi venirique jubebo*[3]. La *missio*, au lieu d'être une fin, n'est qu'un commencement.

2. *Préliminaires de la venditio*. Alors, après qu'on a laissé les affiches apposées pendant un certain délai qui varie selon que les biens sont ceux d'un vivant ou d'un mort et au bout duquel le saisi devient infâme s'il n'a pas fait cession de biens[4], le préteur rend un second décret ordonnant aux créanciers de nommer un *magister*, qui diffère du *curator* en ce qu'il est nommé par eux, pris parmi eux et exclusivement chargé de procéder à la vente. Le *magister* dresse le cahier des charges (*lex venditionis*), puis il le fait publier dans de secondes affiches complémentaires des premières où sont indiquées notamment les conditions de paiement, les créances privilégiées à payer intégralement et les sûretés à fournir par l'acheteur[5].

3. *Venditio*. Enfin la vente est faite aux enchères et conclue par l'adjudication (*addictio*) du *magister* à celui qui offre le plus haut prix, ordinairement le plus fort dividende. L'effet en est assez bien exprimé en

1. Paul, *D.*, 42, 5, *De reb. auct.*, 12, *pr. D.*, 41, 2, *De A. v. A. P.*, 10, 1. Cf. *Pro Quinctio*, 27, 84. Elle entraîne aussi un *pignus praetorium* : *D.*, 13, 7, *De P. A.*, 26.

2. Ulpien, *D.*, 42, 7, *De curat. bon. dando*. Il est déjà connu de la loi agraire de 643 (p. 1064, n. 2). Cf. Degenkolb, *Magister und Kurator im altrömischen Concurs*, 1897 (*Beiträge zum Civilprozess*, 1905, pp. 161-192).

3. Paul, *D.*, 42, 4, *Quib. ex caus.*, 6, 1. Contre l'extension de la faveur à l'absent ordinaire faite chez Ulpien, *D.*, 4, 6, *Ex quib. caus.*, 21, 2 (Lenel, 434), v. Karlowa, *Beiträge zur Gesch. d. Process.*, 1865, pp. 115-140. — Gaius, 3, 78, donne seulement des exemples.

4. Affichage pendant 30 jours pour les biens d'un vivant, 15 jours pour ceux d'un mort : Gaius, 3, 79. Infamie, que Gaius fait plus vaguement résulter de la *venditio bonorum* : loi Julia de 709, l. 116 et ss. C'est aussi à ce moment que le défendeur devient incapable de défendre à une action quelconque sans donner caution (p. 1026, n. 2).

5. Gaius, 3, 79, où il y a une obscurité de chiffre sur le délai après lequel sera faite la vente, à notre avis 10 jours après le décret pour les biens d'un vivant, 5 jours pour ceux d'un mort, ce qui donne en tout 40 jours dans le premier cas, et 20 dans le second.

disant qu'elle fait de l'acquéreur (*emptor bonorum*) un successeur prétorien[1].

Il a droit à tout l'actif corporel et incorporel et il a pour l'obtenir, outre un interdit (*interdictum possessorium*), les actions du saisi comme actions prétoriennes, avec transposition au cas de vente des biens d'un vivant (*formula Rutiliana*), avec fiction de la qualité d'héritier au cas de vente des biens d'un mort (*formula Serviana*)[2].

Pour le passif, il est poursuivi, au moins jusqu'à concurrence du dividende convenu (*portio*), par les mêmes actions[3]. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est qu'il peut parfaitement y défendre[4] en fournissant caution et en risquant le double pour l'action *judicati* et les actions analogues, sans risquer le double pour les autres. Cette idée est, croyons-nous, le fondement et la clef de toute la procédure. L'*ordo judiciorum privatorum* n'admet pas de procès par défaut. Si un individu ne paie ni ne défend, la procédure tend d'abord à le forcer à l'un ou à l'autre par la *missio in bona*, puis, si la situation se prolonge, à mettre à sa place un autre individu qui paiera ou défendra soit à l'action ordinaire, soit à l'action *judicati*[5].

Dès avant la fin du système, une exception plus ou moins large introduite par un ou plusieurs sénatus-consultes permit de remplacer la vente en bloc des biens, faite à un spéculateur qui les revend en détail, par une vente en détail, faite au profit des créanciers eux-mêmes par un *curator*. C'est la *distractio bonorum*[6], où disparaît l'originalité de la procédure qui avait pour effet mécanique de mettre à la tête du patrimoine un nouveau titulaire. Mais elle n'en supprime que la fin. Elle en garde

1. Paraphrase des *Inst.*, 3, 12. Gaius, 3, 80, dit seulement qu'il a les choses corporelles *in bonis*.

2. *Interdictum possessorium* : Gaius, 4, 145. Actions Rutilienne et Servienne : Gaius, 4, 35. Cf. sur la *deductio*, les pp. 719 720. On remarquera d'ailleurs que les défendeurs poursuivis peuvent le repousser en prouvant l'irrégularité de la vente (*D.*, 42, 4, *Quib. ex caus.*, 7, 3 ; *praejudicium*: p. 1037, n. 1).

3. Cf. les preuves dans Lenel, *Edictum*, §§ 218-223. Au reste, quoiqu'on ait parfois dit le contraire, le débiteur reste toujours tenu et c'est même à ce point de vue que le nom de successeur prétorien donné au *bonorum emptor* n'est pas parfaitement exact. La preuve en est que, si le failli acquiert de nouveaux biens, il pourra y avoir contre lui une nouvelle *venditio* (Gaius, 2, 155). Seulement, pendant l'année qui suit la vente, les créanciers intéressés ne peuvent le poursuivre *ex ante gesto*, *in id quod facere potest* : *C.*, 7, 75, *De rev. his*, 6. Cf. Lenel, *Edictum*, § 221.

4. Cela résulte du fait même que les actions sont données contre lui comme actions utiles. Cf. Ulpien, *D.*, 43, 4, *Ne vis fiat*, 1, 5.

5. Cette idée déjà indiquée par Dernburg, pp. 13-32, a été combattue par Ubbelohde à l'aide d'arguments tirés, croyons-nous, d'une confusion entre la procédure ordinaire et la procédure extraordinaire. Elle seule peut expliquer, d'un côté, qu'on vende tous les biens, même pour une seule dette, d'autre part, que la chute de cette procédure soit rattachée par Justinien, *Inst.*, 3, 12, *De succ. subl.*, *pr.*, à la disparition de l'*ordo* (p. 1097, n. 4).

6. *D.*, 27, 10, *De curat. bon.*, 5 (Gaius) ; 9 (Neratius).

toujours le début : la nécessité de saisir tout le patrimoine pour arriver à recouvrer une seule créance, à exécuter un seul jugement.

SECTION II. — Voies de recours.

Il est impossible de ne pas mentionner, à côté des voies d'exécution des jugements, les voies de recours admises pour empêcher l'exécution de ces jugements, pour les faire tomber ou pour les faire réformer. On cite comme telles l'*intercessio*, la *revocatio in duplum*, la *restitutio in integrum* et l'appel réformatoire du droit impérial.

1. *Intercessio* [1]. Le droit d'intercession reconnu à chacun des consuls contre les actes de son collègue, puis constitué en attribution propre pour les tribuns et accordé ensuite aux uns et aux autres contre les préteurs comme à chacun des préteurs contre ses collègues, peut être exercé contre les actes des magistrats, mais non contre les sentences de jurés. Il ne peut donc pas faire tomber une sentence de juré, mais il peut arrêter les mesures prescrites par le préteur [2].

2. *Revocatio in duplum*. Le défendeur condamné peut, en risquant le double et en donnant caution, soutenir, quand il est poursuivi par l'action *judicati*, que le jugement est nul pour vice de forme ou au fond. On admet généralement qu'il peut aussi attaquer le jugement sans attendre les poursuites, en s'exposant à la peine du double s'il succombe, par la *revocatio in duplum* qui paraît être déjà connue de Cicéron. Mais cependant son admission, soit au temps de Cicéron, soit d'une manière générale dans la procédure formulaire, a été contestée [3].

3. *Restitutio in integrum*. La partie quelconque qui est mécontente d'un jugement peut, si elle est dans un cas de l'édit, solliciter du magistrat contre la sentence comme contre tout autre acte de procédure une *in integrum restitutio*, qui, une fois prononcée, fera réputer la sentence non avenue et donnera lieu à un nouveau procès (*judicium restitutorium*) [4].

4. Appel (*appellatio*) [5]. L'appel du droit impérial qu'on rattache

1. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, pp. 304-322. Kipp, chez Pauly-Wissowa, 2, 1895, pp. 194-196.

2. V. par ex. pour l'exécution sur la personne, Tite-Live, 6, 27, 8. 10.

3. Cicéron, *Pro Flacco*, 21, 49 : *Cicero decrevit, ut, si judicatum negaret, in duplum iret ; si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores*. La *revocatio in duplum* est ensuite mentionnée, en partie en relation certaine avec la procédure extraordinaire, par Paul, *Sent.*, 5, 5 *a*, 6 *a*. 7. 8, et par Alexandre Sévère, *C. Greg.*, 10, 1, 1. Cf. Lenel, *Edictum*, § 226 *in fine* ; Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprocess.*, 1889, pp. 159-189 et le compte rendu de P. Krueger, *K. V. I.*, 13, 1890, pp. 328-340.

4. Cicéron, *Pro Flacco*, 21, 49. *In Verr.*, 2, 2, 25, 62. 26, 63. *D.*, 4, 4, *De min.*, 7, 4. 29, 1. 45, 1. *D.*, 3, 3, *De proc.*. 46, 3.

5. *D.*, 49, 1, *De appellationibus et relationibus*. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 5,

parfois à l'intercession, qui procéderait plutôt du droit qu'avaient les magistrats provinciaux de réformer les actes des mandataires nommés par eux [1], est une véritable instance en réformation ouverte, sans cause spéciale, aux deux parties. L'appel est formé verbalement ou par écrit, à bref délai (*dies fatales*), devant l'autorité qui a rendu une décision, pour que l'exécution de cette décision soit suspendue jusqu'à ce que l'affaire ait été jugée à nouveau par une autorité supérieure, dont, le cas échéant, la décision peut également être soumise par voie d'appel à une autorité plus élevée [2]. Mais il n'est aucunement certain que cette procédure, admise dès le début de l'Empire pour les décisions des magistrats et de leurs délégués, l'ait été également pour celles des jurés civils institués conformément à l'*ordo judiciorum* par la délivrance de formules. On a pu soutenir très sérieusement qu'elle est toujours restée étrangère à tous les jurés civils et ne s'est généralisée qu'avec le développement de la procédure extraordinaire [3].

CHAPITRE IV. — INTERVENTION DU MAGISTRAT PAR VOIE D'AUTORITÉ

A l'époque de la procédure formulaire, les magistrats n'ont pas seulement le pouvoir d'intervenir dans les contestations des particuliers en organisant des instances, en vertu de leur *jurisdictio*. Ils peuvent aussi, beaucoup plus largement que sous les Actions de la loi, y intervenir par voie d'autorité en vertu de leur *imperium* au sens strict. Ils le font alors par quatre procédés principaux : les stipulations prétoriennes, les *missiones in possessionem*, les interdits et les *restitutiones in integrum* [4].

pp. 269-279. Merkel, *Ueber die Geschichte der classischen Appellation*, 1883. Kipp, dans Pauly-Wissowa, 2, 1, 1895, pp. 196-210. E. Perrot, *L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum*, Thèse Paris, 1907.

1. V. en ce sens Mommsen, *Dr. publ.*, 1, p. 265.

2. Délai de l'appel (deux ou trois jours selon qu'on le forme ou non dans sa propre affaire) : Ulpien, *D.*, 49, 4, *Quando app.*, 1, 5. 11.12. Caractère suspensif : Ulpien, *D.*, 49, 7, *Nihil innovari*, 1, *pr.* Peine de l'appel téméraire : Paul, *Sent.*, 5, 33, 1. 8. 5, 37, 1. Renvoi de l'affaire (*litterae dimissoriae, apostoli*) du premier juge au second par l'intermédiaire de l'appelant : Paul, *Sent.*, 5, 34, 1 ; Marcien, *D.*, 49, 6, *De litt. dim.*, 1. Caractère réformatoire du jugement d'appel : Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, *pr.* ; *C.*, 7, 62, *De app.*, 6, *pr.*

3. C'est la doctrine soutenue par Mommsen à l'encontre de l'opinion dominante tant pour les jurés saisis par formule que pour les centumvirs saisis par voie de *legis actio*. V., dans le même sens, Eisele, *Z. S. St.*, 15, 1884, pp. 275-276 et pour les décisions des centumvirs, Wlassak, dans Pauly-Wissowa, 3, 2, 1899, v° *Centumviri*, p. 1949.

4. Le rattachement de ces actes à l'*imperium* du magistrat par opposition à sa *jurisdictio* est fait nettement pour les *restitutiones in integrum*, pour les *missiones*

SECTION I. — Stipulations prétoriennes.

Les stipulations prétoriennes, ou plus largement les stipulations honoraires [1], sont des contrats verbaux destinés à faire naître, au profit du stipulant contre le promettant, une créance que le droit commun ne lui donne pas et commandés dans ce but au second envers le premier par le magistrat, ainsi à Rome par les préteurs judiciaires, les édiles curules et peut-être dans un cas par les tribuns de la plèbe [2]. Ulpien les divise en *cautionales, judiciales* ou *communes*, suivant qu'elles ont pour but de faire naître une créance que ne donne pas le droit civil, d'assurer l'exécution d'un jugement ou de faire à la fois les deux [3], et il y a même encore d'autres divisions [4]. Mais au fond elles sont, dit-il, toutes *cautionales* : elles ont toutes pour effet de faire naître contre un seul débiteur, au cas de *nuda repromissio*, contre lui et ses cautions, au cas de *satisdatio*, une action personnelle que le magistrat juge utile et qui n'existerait pas sans cela [5].

Quant au moyen de contrainte employé par le magistrat, il est très remarquable que, sauf une exception qui peut s'expliquer, le magistrat n'emploie pas ici les moyens de coercition dont il dispose en matière

in possessionem et pour les stipulations forcées (*D.*, 2, 1, *De jurisd.*, 4 ; *D.*, 50, 1, *Ad munic.*, 26), et ne nous paraît pas plus douteux pour les interdits. Il nous semble moins heureux de parler là de *cognitio*, ou de *cognitio extra ordinem* du magistrat ; car la *cognitio* existe dans la *jurisdictio* proprement dite et la *cognitio extra ordinem* est l'exclusion de la procédure par jurés de l'*ordo*, tandis qu'ici le magistrat ne fait que chercher à y rentrer. En tout cas, il y a là des actes qui dépassent l'autorité ordinaire, exercée par voie d'amendes et de saisies (*multis et pignoribus*) par tous les magistrats qui ont la juridiction (*D.*, 2, 1, *De jurisd.*, 2). Les magistrats municipaux ne peuvent y procéder qu'en vertu d'une délégation attestée en matière de *damnum infectum* (*D.*, 39, 2, *Damn. inf.*, 1 ; 4, 3) et les édiles curules eux-mêmes, s'ils peuvent ordonner des stipulations (p. 576), sont étrangers aux trois autres mesures.

1. *D.*, 46, 5, *De stipulationibus praetoriis*. *Inst.*, 3, 18, *De divisione stipulationum*.

2. Ulpien, *Reg.*, 7, 3, parle d'une *stipulatio tribunicia* reçue de la femme par le mari au cas de divorce. Cf. Kuebler, *Festschrift f. Hirschfeld*, 1903, pp. 52-54 ; Lefèvre, *Rôle des tribuns*, Thèse Paris, 1910, pp. 161-179.

3. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1. Il cite, 1, 1-3, comme *cautionales* : les cautions *legatorum* (p. 933, n. 5), *rem pupilli salvam fore* (p. 224), *de rato* (p. 1044, n. 4), *damni infecti* (pp. 262-263), auxquelles on peut ajouter celle *de usufructu* (p. 376) et celle du double (p. 576, n. 1) ; comme *judiciales*, la caution *judicatum solvi* (p. 1024, n. 2) et la caution *ex operis novi nuntiatione* (p. 262, n. 6), par laquelle l'auteur d'un travail nouveau promet de le détruire (de le détruire ou de payer des dommages-intérêts au gré du stipulant, dans le droit de Justinien : *D.*, 39, 1, *De O. N. N.*, 21, 4. 7), si le jugement est rendu contre lui (cf. Lenel, *Edictum*, § 291, et les auteurs cités) ; comme *communes*, les *vadimonia* (p. 1016, n. 3).

4. L'édit les énumère dans un ordre différent. Cf. *Textes*, pp. 169-170. Lenel, *Edictum*, p. 47 (*Ed.*, 1, pp. 52-53) et *tit. XLV*. Une division distincte empruntée par les *Inst.*, 3, 18, à Pomponius, *D.*, 45, 1, *De V. O.*, 5, *pr.*, sépare les stipulations forcées, selon l'autorité qui les prescrit, en stipulations prétoriennes, judicielles et communes.

5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 4-8.

publique et administrative (*multae, pignora*), mais des procédés rentrant dans son rôle judiciaire : *missiones in possessionem*, refus d'action, délivrance d'action[1].

SECTION II. — *Missiones in possessionem*.

La *missio in possessionem* est l'autorisation, accordée par un magistrat ayant qualité, de prendre possession d'une ou plusieurs choses appartenant à autrui. Elle peut avoir une efficacité plus ou moins grande ; mais, dans sa notion simple, elle n'implique qu'une détention matérielle (*in possessione esse* par opposition à *possessionem habere* [2]) généralement d'un caractère provisoire. Elle est accordée en un grand nombre de cas et on la distingue en *missio in rem* ou *missio in bona*, suivant qu'elle porte sur un bien particulier, comme au cas de *damnum infectum* [3], ou sur un ensemble de biens, comme dans la *missio in possessionem* prononcée contre celui qui n'exécute ni ne se défend ou dans la *missio in possessionem* prononcée contre l'héritier qui ne fournit pas la *cautio legatorum* [4].

Les procédés par lesquels le préteur protège la *missio in possessionem* varient suivant les cas ; mais il est encore très remarquable que, sauf dans quelques textes faciles à écarter [5], nous ne trouvons pas même là l'intervention de la force publique [6]. En dehors du droit du *missus* de se défendre, il sera protégé soit par des interdits, soit par des actions *in factum* [7].

1. *Pignora* en matière de caution *rem pupilli salvam fore* : p. 224, n. 2. Refus d'action en matière de *cautio fructuaria* : p. 376, n. 4. Délivrance d'action pour obtenir la *stipulatio duplae*, d'après l'édit des édiles : p. 576, n. 2. Délivrance d'action fictice, comme si la stipulation *damni infecti* avait été faite, d'après la loi Rubria, c. 20 (v. les renvois, *Textes*, pp. 73-74) *Missio in possessionem*, en matière de *damnum infectum*, d'après le droit postérieur : p. 1070, n. 3 ; en matière de *cautio legatorum* : p. 941, n. 3.

2. Cf. p. 1064, n. 4. Ajoutez *D.*, 36, 4, *Ut in poss. leg.*, 5 *pr.* : *Simul cum eo possidere jubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.*

3. *D.*, 39, 2, *De damno infecto*, 4, 1, où il ne faut pas confondre ce premier décret valant seulement *missio in possessionem* avec le second entraînant propriété prétorienne (p. 321, n. 2). Autre exemple, p. 942, n. 2.

4. *Missio in possessionem rei servandae causa* : p. 1064, n. 4. Il y a d'autres cas, par ex. la *missio Antoniniana* (p. 941, n. 3). — *Missio in possessionem* des biens héréditaires : p. 942, n. 2.

5. Ulpien, *D.*, 43, 4, *Ne vis fiat*, 3, *pr.*, permet l'emploi de la force publique pour assurer le respect de la *missio in possessionem*, mais en matière de fidéicommis, et c'est aussi aux fidéicommis à l'exclusion des legs qu'on doit rapporter le seul texte qui parle de cela par ailleurs, Ulpien, *D.*, 36, 4, *Ut in poss. leg.*, 5, 27 : Lenel, 1256.

6. Cf. Ulpien, *D.*, 25, 5, *Si ventris nomine*, 1, 2 : *Coget autem eum decedere, non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit.*

7. Interdit, au cas de *damnum infectum* : *D.*, 43, 4, *Ne vis fiat*, 4, *pr.* ; au cas de *missio in poss.*, *legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* : *D.*, 36, 4,

SECTION III. — Interdits.

Les interdits (*interdicta*)[1] sont encore des ordres rendus par des magistrats ayant l'*imperium*, à l'exclusion des magistrats municipaux par exemple[2]. Ils sont rendus par ces magistrats entre deux personnes[3] sur la demande de l'une à l'encontre de l'autre, pour prescrire soit des actes positifs (interdits restitutoires, exhibitoires : *decreta*), soit des actes négatifs, des abstentions (interdits prohibitoires : *interdicta* au sens strict)[4].

Dans le droit où ils nous sont connus, ils sont tous rendus sous la forme conditionnelle, sous la condition que les allégations du demandeur soient vérifiées, qu'on soit réellement dans le cas de l'interdit. Et, en conséquence, une fois l'interdit demandé au magistrat et prononcé oralement par lui, il faudra, en cas de contestation, lier un procès pour savoir si l'interdit a été violé (*an adversus praetoris edictum factum sit vel an factum non sit quod is fieri jusserit*)[5]. C'est évidemment un système plus compliqué que celui où la personne qui se plaindrait de l'acte intenterait directement une action, par exemple une action *in factum*, en demanderait directement la délivrance en vertu de l'édit. On a donc été porté à penser que le préteur a pris cette voie à une époque où il ne délivrait pas d'actions *in factum*, à l'époque des Actions de la loi où l'existence des interdits est attestée par quelques traces du reste peu nombreuses ; qu'il a d'abord rendu ces interdits non pas sous la forme conditionnelle, mais sous la forme pure et simple, après examen préalable des circonstances, en les faisant respecter par les moyens de son autorité (*multis et pignoribus*), et qu'il est arrivé seulement ensuite à les rendre sans examen préalable, sous une forme conditionnelle, en renvoyant la vérification des faits à un juge saisi, soit par des *sponsiones* auxquelles il a pu contraindre par les mêmes voies dès l'époque des Actions de la loi, soit par une formule arbitraire nécessairement postérieure à la loi Aebutia[6]. Mais, quoi qu'il en soit de ces origines, les in-

Ut in poss., 5, 27 ; 43, 4, *Ne vis fiat*, 3, *pr.* Action *in factum*, au cas de *missio in poss. rei servandae causa* : *D.*, 43, 4, *Ne vis fiat*, 1, *pr.*

1. Gaius, 4, 138-170. *Inst.*, 4, 15, *De interdictis*. Bibliographie chez Ubbelohde dans Glück, série des livres 43 et 44, 1889 et ss. Ajoutez Karlowa, 2, pp. 1001-1064 et par ex. sur leur fondement. Pernice, *Z. S. St.*, 17, 1896, pp. 194-204.

2. L'incompétence des magistrats municipaux en cette matière est généralement admise ; cf. la définition de Gaius, 4, 139.

3. Justinien, *Inst.*, *h. t.*, 1, explique par là leur nom.

4. Gaius, 4, 140.

5. Gaius, 4, 141.

6. Tout ce qu'il y a de prouvé, c'est que certains interdits existaient déjà avant la loi Aebutia (p. 284, n. 1 et 6) ; mais il semble bien résulter de là que le préteur devait les faire respecter, d'une part, et, d'autre part, examiner ou faire examiner les faits. L'ordre de succession indiqué paraît, dans ces conditions, assez vraisemblable. Cf. A. Pernice, *Z. S. St.*, 5, 1884, p. 33. M. Jobbé-Duval,

terdits apparaissent surtout sous la procédure formulaire, et une portion d'entre eux a sans doute été créée sous cette procédure où le préteur eût pu sanctionner les mêmes prétentions plus simplement par la création d'actions. Leur survivance s'explique en partie par l'influence de l'habitude ; mais elle s'explique aussi peut-être par certains avantages pratiques [1].

§ 1. — **Principales catégories.**

Les interdits sont très nombreux et on en a fait tant au point de vue de la forme qu'à celui du fond des divisions très multiples que nous nous bornons à signaler sommairement [2].

Au point de vue du fond, on distingue : 1° d'après une division sans grande portée concrète, dont les jurisconsultes romains paraissent avoir été assez frappés, les interdits sacrés et profanes [3]; 2° plus pratiquement, les interdits populaires et les interdits privés [4] ; 3° les interdits temporaires et perpétuels [5] ; 4° les interdits qui se transmettent ou non aux héritiers ou contre eux [6] ; 5° les interdits pétitoires, *quae proprietatis causam continent*, et les interdits possessoires, *quae possessionis causam continent*, suivant une opposition dont le sens est controversé, qui nous paraît tenir à ce que certains interdits ne permettent pas la preuve du

Etudes sur la procédure, pp. 234-260, évite ces difficultés en admettant que l'interdit était prononcé et les *sponsiones* faites par les parties, seulement quand elles étaient d'accord pour trancher ainsi leur débat ; mais on ne s'explique pas bien alors pourquoi le préteur serait intervenu par un décret sans lequel l'arrangement privé réalisé par les *sponsiones* pouvait parfaitement arriver à son but. Une autre question très agitée est celle de savoir dans quels cas concrets le préteur a d'abord rendu des interdits, celle de l'antiquité respective des divers interdits (cf. les divers systèmes dans Ubbelohde, 2, 1890, pp. 295-336, et Jobbé-Duval, pp. 286-303). Les premiers interdits qui apparaissent dans les textes sont les interdits *retinendae possessionis* (p. 284, n. 1 et 6). Mais cela ne prouve pas absolument qu'ils soient les plus anciens et on ne l'admet pas généralement.

1. *Sponsiones et restipulationes* ; rapidité plus grande au point de vue de la prononciation de l'interdit, p. 1074, n. 1, et peut-être à d'autres. Cf. Ubbelohde, 2, pp. 344-353.

2. V. sur le plan encore différent de l'édit (*Textes*, pp. 162-168), Lenel, *Edictum*, pp. 45-46 (*Edit*, 1, pp. 50-51).

3. *D.*, 43, 1, *De int.*, 1, *pr.* (Ulpien) ; 2, 1 (Paul). Ex. d'interdit sacré : *Ne quid in loco sacro fiat* (*D.*, 43, 6).

4. Cf. Ubbelohde, 1, 1889, pp. 48-58. Ex. d'interdits populaires : *Ne quid in loco sacro fiat* (*D.*, 43, 6), *ne quid in loco publico fiat* (*D.*, 43, 8), et, croyons-nous, *de homine libero exhibendo* (*D.*, 43, 29 ; cf. p. 645).

5. Ulpien, *D.*, 43, 1, *De int.*, 1, 4 : *Interdictorum quaedam annalia sunt, quaedam perpetua. — Interdicta annalia* : *de vi cottidiana* : p. 286 ; *quod vi aut clam* : p. 283, n. 1 (*Textes*, p. 166, n° 256), *fraudatorium* : p. 436, n. 2. Cf. sur l'interpolation qui obscurcit la distinction, la p. 1076, n. 1.

6. Ex. d'interdits qui passent aux héritiers : *Unde vi, de precario* ; qui ne leur passent pas : *Uti possidetis utrubi* ; d'interdits qui passent contre eux : *Quod vi aut clam* ; qui ne passent contre eux que pour leur enrichissement : fraudatoire, *Unde vi* ; qui ne passent pas contre eux : *Uti possidetis*.

droit et par conséquent n'excluent pas une action postérieure à raison de ce droit, tandis que d'autres supposent ou du moins permettent la preuve du droit [1] ; 6° enfin, suivant une division qui ne se confond pas avec la précédente, les interdits se rapportant ou non à la possession, parmi lesquels les interdits relatifs à la possession se subdivisent [2] en interdits *adipiscendae possessionis* [3], *recuperandae possessionis* [4], *retinendae possessionis* [5] et *tam adipiscendae quam recuperandae possessionis* [6].

Quant à la forme, ils se divisent : 1° selon les termes employés par le préteur, en interdits exhibitoires (*exhibeas*), restitutoires (*restituas*), ou prohibitoires (*vim fieri veto*) [7] ; 2° en interdits simples où il y a un demandeur et un défendeur et en interdits doubles où chacun joue les deux rôles [8] ; 3° en interdits primaires ou secondaires, selon qu'ils sont rendus sur une première demande, comme nous l'avons jusqu'à présent supposé, ou qu'ils interviennent en second lieu, après la prononciation d'un premier interdit dont la procédure se trouve empêchée de suivre son cours [9].

§ 2. — **Procédure des interdits.**

La procédure s'ouvre par la prononciation de l'interdit faite par le magistrat en présence des deux parties, — en sorte que, si le défendeur l'empêche en se cachant, il y aura lieu contre lui aux mesures établies contre l'*indefensus* [10] ; — mais, comme ce n'est pas un acte de *jurisdictio*,

1. *D.*, 43, 1, *De int.*, 2, 2. Cf. Ubbelohde, 1, pp. 92-171 et les renvois.
2. Gaius, 4, 143.
3. Interdits *quorum bonorum* : p. 921 et ss. ; *quod legatorum* : p. 922, n. 2 ; *possessorium* : p. 1066, n. 2 ; *sectorium* : p. 1064, n. 1 ; *fraudatorium* : p. 436 et ss. ; *Salvianum* : p. 782 et ss. C'est surtout au sujet de ces interdits que s'agite la question de l'effet provisoire ou définitif. V. par ex. pour l'interdit *quorum bonorum*, p. 922, n. 3, pour l'interdit Salvien, p. 792, n. 2. On a aussi discuté le motif de l'existence de ces deux interdits et de l'interdit fraudatoire à côté de l'*hereditatis possessoria petitio*, de l'action Servienne et de l'action Paulienne. Il est probablement, pour tous trois, dans leur antériorité ; ils ont ensuite, à côté d'infériorités graves, gardé certains avantages (p. 1072, n. 1).
4. Interdits *unde vi* : p. 286 ; *de precario* : p. 286 ; *de clandestina possessione* : p. 287.
5. Interdits *uti possidetis* : p. 284 ; *utrubi* : p. 285.
6. Interdits *quem fundum* : p. 347, n. 4 ; *quam hereditatem* : p. 1024, n. 3 ; *quem usumfructum*, *quam servitutem* : p. 388, n. 1. Le caractère de ces interdits qui font acquérir la possession si on ne l'avait jamais eue et qui la font recouvrer si on l'avait eue déjà et qui étaient signalés sans explication par Paul, *D.*, 43, 1, *De int.*, 2, 3, est connu seulement depuis la découverte faite en 1835 des fr. de Vienne des *Inst.* d'Ulpien (*Textes*, p. 489, fr. 4).
7. Gaius, 4, 142. Ex. d'interdits exhibitoires : p. 647 ; d'interdits restitutoires : *quorum bonorum*, *unde vi* ; d'interdits prohibitoires : *de migrando* (p. 782, n. 2), *uti possidetis* (p. 284), *utrubi* (p. 285), *de superficie* (p. 392, n. 6).
8. Gaius, 4, 156-160. Les principaux interdits doubles sont les interdits *uti possidetis* et *utrubi* et l'interdit *de superficie*. Presque tous les autres sont simples.
9. Gaius, 4, 170.
10. Ulpien, *D.*, 43, 29, *De hom. lib. exhib.*, 3, 14.

que l'interdit ne contient aucun des trois mots *do*, *dico*, *addico*, le magistrat peut le prononcer un jour quelconque, même un jour où il ne pourrait délivrer de formule[1] ; c'est une supériorité de l'interdit sur l'action, à cause de l'effet analogue à la *litis contestatio* que produit sa prononciation sur les interdits temporaires ou intransmissibles.

Une fois l'interdit prononcé, la procédure serait finie, s'il était observé sans contestation. Et on peut concevoir qu'il en ait été ainsi anciennement, à l'époque des Actions de la loi, si l'interdit a commencé par être un ordre pur et simple rendu par le magistrat en connaissance de cause. Mais soit probablement dès le temps des Actions de la loi, soit surtout sous la procédure formulaire, ce sera très rare, parce que l'interdit a cessé d'être rendu en connaissance de cause, est devenu un ordre conditionnel des conditions duquel il reste à vérifier l'existence après qu'il a été rendu et qu'on fait rendre précisément quand il y a contestation sur leur existence.

Pour faire trancher le litige, il existe deux procédures que Gaius oppose, à raison des peines pécuniaires encourues par le perdant dans l'une et non dans l'autre, sous le nom de procédures *cum poena*, *cum periculo* et *sine poena, sine periculo*. Dans la première qui peut remonter aux temps des Actions de la loi, le débat est lié par des promesses réciproques (*sponsiones et restipulationes*) faites sur l'ordre du magistrat par chacune des parties, précisément pour le cas où l'interdit aura été observé ou violé[2]. Dans la seconde, la procédure *per formulam arbitrariam* qui ne peut être antérieure à la loi Aebutia, mais qui est déjà connue avant la fin du VIIe siècle[3], le magistrat donne, en vertu de l'interdit, pour savoir si l'interdit a été observé, une formule prescrivant au juge de condamner le défendeur s'il n'exécute pas ce qu'il sera reconnu devoir faire en vertu de l'interdit. Nous les étudierons toutes deux en prenant d'abord, contrairement à l'ordre historique, la procédure *per formulam arbitrariam* qui est la moins compliquée.

I. Procédure *per formulam arbitrariam*. — Cette procédure n'est admise qu'à deux conditions tirées l'une du fond, l'autre de la volonté du défendeur. Il faut : 1° pour des raisons mal connues, que l'interdit prononcé soit un interdit exhibitoire (ainsi *de homine libero exhibendo*, *de liberis exhibendis*) ou restitutoire (ainsi *quorum bonorum*, *unde vi*) et non prohibitoire (comme les interdits *de migrando*, *uti possidetis*, *utrubi*)[4];

1. Cf. Gaius, *D.*, 11, 7, *De rel.*, 9, et Ubbelohde, 2, 1890, p. 1 et ss.
2. Gaius, 4, 141.
3. Cicéron, *Pro Tullio*, 23, 53, entre 681 et 683 (p. 424, n. 4).
4. Gaius, 4, 141-162. Le motif de l'exclusion de cette procédure en cas d'interdit prohibitoire est discuté. D'après l'opinion la plus répandue, cela tiendrait à ce que l'interdit contient une défense dont le procès suppose la violation, en sorte qu'on y mériterait toujours une peine.

2° que le défendeur sollicite du magistrat la nomination de l'arbitre aussitôt après la prononciation de l'interdit[1].

Ces deux conditions réunies, le magistrat délivre une formule *in factum* dont l'*intentio* pose la question de savoir si le demandeur est dans les conditions de l'interdit, a le droit de demander l'exhibition, la restitution, et où la *condemnatio* prescrit, au cas d'affirmative, de condamner le défendeur à moins qu'il ne fournisse une satisfaction arbitrée par le juge, qu'il ne fasse l'exhibition, la restitution requise. Le juge vérifiera l'*intentio* ; puis, s'il la reconnaît justifiée, il prononcera un *arbitratus* que le défendeur n'est pas plus contraint directement d'exécuter ici qu'ailleurs et sur le défaut d'exécution duquel la condamnation sera déterminée ici comme ailleurs par le *jusjurandum ad litem* du demandeur[2].

II. Procédure *per sponsionem*. — La procédure *per sponsionem* est beaucoup plus compliquée, même quand l'interdit est simple, et le devient plus encore, quand il est double.

1. *Interdits simples.* Toutes les fois qu'un interdit a été prononcé sur la demande d'une personne à l'encontre d'une autre et que le défendeur n'a pas réclamé immédiatement la nomination d'un arbitre soit parce qu'il ne l'a pas pu, au cas d'interdit prohibitoire, soit parce qu'il ne l'a pas voulu, au cas d'interdit exhibitoire ou restitutoire, il ne peut plus être question que de la procédure *per sponsionem et restipulationem*.

L'individu qui a obtenu la prononciation de l'interdit et qui n'est pas satisfait du résultat, à qui on n'a pas restitué la chose enlevée par violence pour l'interdit restitutoire *unde vi*, exhibé l'homme libre pour l'interdit exhibitoire *de homine libero exhibendo*, qu'on n'a pas laissé déménager pour l'interdit prohibitoire *de migrando*, doit ramener son ad-

1. Gaius, 4, 163. 164. Valerius Probus, *Extraits alph.*, n° 55 (*Textes*, p. 219) : *Restituas antequam ex jure exeas.*

2. Cf. p. 1041, n. 2. On a soutenu que l'exécution *manu militari* aurait été admise, avant de l'être ailleurs, soit dans tous les interdits, soit au moins dans les interdits populaires, où le taux de la condamnation serait impossible à déterminer. Mais c'est réfuté par un texte déjà cité, *D.*, 43, 29, *De hom. lib. exhib.*, 3, 13, qui se rapporte précisément à un interdit populaire et à celui où l'exécution directe semblerait le plus indispensable. Nous remarquerons en particulier qu'il ne faut pas mêler à la question les textes qui représentent les préteurs judiciaires peut-être et surtout d'autres autorités, ainsi les préfets impériaux, comme intervenant par la force dans des cas où des interdits seraient applicables. Préfet de la ville : *D.*, 1, 12, *De off. praef. urb.*, 1, 6. Préfet des vigiles (d'après *D.*, 20, 2, *In quib.*, 9 et *D.*, 19, 2, *Locati*, 56, extraits du traité *de officio praefecti vigilum* de Paul) : *D.*, 43, 32, *De migr.*, 1, 2. Consuls et préteur fidéicommissaire : p. 1070, n. 5. *Praetor de liberalibus causis* : *D.*, 43, 30, *De lib. exhib.*, 3, 3 (p. 142, n. 4). *Curator operum publicorum* : *D.*, 43, 8, *Ne quid in loc. publ.*, 2, 17. Empereur : *D.*, 25, 4, *De insp. ventre*, 1, 1. Préteur urbain (?) : *D.*, 29, 3, *Tab. quemadm. ap.*, 2, 8 (cf. *D.*, 43, 5, *De tab. exh.*, 1, 1). Ils n'interviennent pas là à la suite de la délivrance des interdits *quod vi aut clam*, *unde vi*, *de migrando*, etc., mais à la place de ces interdits, par voie d'autorité administrative.

versaire devant le magistrat pour le provoquer à une *sponsio* par laquelle cet adversaire promettra de lui payer une somme d'argent, s'il est reconnu avoir enfreint l'interdit, comme lui-même doit s'engager par la *restipulatio* à payer la même somme, s'il est reconnu agir sans droit, si le juge reconnaît que l'interdit n'a pas été enfreint.

Cette promesse, que le demandeur doit venir réclamer du défendeur devant le magistrat dans un certain délai qui paraît avoir été généralement d'un an depuis la prononciation de l'interdit[1] et pour laquelle le moyen de contrainte contre le défendeur qui ne comparaissait pas ou qui la refusait paraît avoir encore été la procédure suivie contre les *in defensi*, avait pour condition le dispositif même de l'interdit, soit reproduit intégralement, soit indiqué par renvoi à l'édit[2]. Quant à son montant, on suppose assez vraisemblablement que c'était la valeur du litige déterminée par le serment du demandeur[3]. C'est même indispensable pour que cette procédure ait pu suffire à désintéresser le demandeur à l'époque des Actions de la loi où il ne pouvait avoir d'autre action : le montant même de la *sponsio* lui servait alors d'indemnité. A l'époque formulaire, la *sponsio* est devenue *mere poenalis* ; car, en même temps qu'on renvoie au juge les deux actions nées de la *sponsio* et de la *restipulatio*, on lui renvoie une troisième action relative à la réparation du préjudice pour le cas où le demandeur triompherait dans sa *sponsio* et sur laquelle, comme sur l'action arbitraire, le juge condamnera le défendeur, s'il ne satisfait pas le demandeur qui a triomphé dans la *sponsio poenalis*, à des dommages-intérêts fixés par le demandeur sous la foi du serment[4]. En somme, le juge saisi, qui est tantôt un

1. Paul, *Sent.*, 4, 7, 6. dit que pour l'interdit *de tabulis exhibendis*, qui est perpétuel (*D.*, 43, 5, *De tab. exh.*, 3, 16), on doit agir dans l'année de la prononciation de l'interdit. Les textes du *D*, qui ont été interpolés par suite de la confusion opérée sous la procédure extraordinaire entre le droit de demander la prononciation de l'interdit et celui d'*agere ex interdicto*, permettent cependant de trouver d'autres applications de la même règle. Ainsi le *D.*, 43, 17, *U. P.*, 1, *pr. in fine*, présente comme édit du préteur un texte restreignant le droit d'obtenir l'interdit *uti possidetis* à un an : c'est impossible pour un interdit qui, comme celui-là, suppose la possession au moment même où il est rendu ; l'édit devait dire : *Intra annum... sponsionem restipulationemque facere permittam* (*Textes*, p. 165, nº 247 *c*). Et il est probable que tel a été le régime de la plupart des interdits. Mais pourtant il est possible qu'il y ait eu des exceptions. Cf. Ubbelohde, 1, 1889, pp. 492-496.

2. La première façon de procéder est révélée pour l'interdit *quorum bonorum* par le fragment de *sponsio* reproduit par Cicéron, p. 921, n. 3 ; mais il est possible qu'on ait aussi recouru à la seconde. Cf. Lenel, *Edictum*, pp. 433-434 (*Edit*, 2, pp. 191-192).

3. Cette idée due à Huschke et admise par Lenel et Ubbelohde s'appuie sur l'analogie du *vadimonium* qui, d'après Gaius, 4, 186, a lieu, sauf aux deux cas de *depensum* et de *judicatum*, pour *quanti actor juraverit non calumniae causa postulare* et sur l'édit relatif à l'interdit *uti possidetis* (n. 1), selon lequel la *sponsio* ne doit pas dépasser le montant de l'affaire (*neque pluris, quam quanti ea res erit*). V. en sens contraire, Jobbé-Duval, pp. 248-252.

4. Gaius, 4, 165, mutilé dans sa finale, selon lequel, outre la formule de la

jury de récupérateurs et tantôt un juré unique[1], aura toujours à statuer à la fois sur trois formules : celle de la *sponsio* du demandeur, celle de la *restipulatio* du défendeur et celle de la troisième action que les interprètes appellent ici, d'un nom employé par nos textes seulement en matière d'interdits doubles, le *judicium sectuorium*. Il rendra une condamnation et deux absolutions, si le défendeur a raison ; une condamnation et deux absolutions, si le défendeur, ayant tort, a exécuté l'injonction du juge du *judicium secutorium* ; deux condamnations et une absolution, si le défendeur reconnu avoir tort n'a pas exécuté. Mais il rendra toujours trois sentences.

2. *Interdits doubles*[2]. Le nombre des sentences augmente et la procédure se complique, dans les interdits doubles, comme sont par exemple l'interdit *utrubi* et l'interdit *uti possidetis*, où chacun est à la fois demandeur et défendeur, ainsi dans l'interdit *uti possidetis*, où, chacun se prétendant possesseur, le magistrat défend, en s'adressant aux deux, à celui qui ne possède pas de troubler l'autre. Dans cette procédure, puisque chacun est demandeur et défendeur, il faut, au lieu d'une *sponsio* et d'une *restipulatio*, deux *sponsiones* et deux *restipulationes*. En outre, puisque tous deux se prétendent possesseurs, il faut régler la possession intérimaire de la chose : elle est attribuée aux enchères à celui qui consent à promettre par contrat verbal à l'autre la plus forte somme (*fructuum licitationis summa*) pour le cas où il perdrait le procès. Puis la décision de toutes les créances résultant de ces opérations en même temps que naturellement du *judicium secutorium*, en dommages-intérêts faute de satisfaction, appelé ici du nom de son inventeur *judicium Cascellianum*, est renvoyée à un juge[3].

Si le juge donne raison au possesseur intérimaire, au plus haut lici-

sponsio, edita par le demandeur au défendeur, et celle de la *restipulatio, edita* par le défendeur au demandeur, le demandeur *sponsionis formulae subjicit et aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut, si sponsione vicerit nisi ei res exhibeatur aut restituatur*... A la vérité, il ne parle là que des interdits exhibitoires et restitutoires, et il y a des raisons d'hésiter sur la rédaction de la formule pour les interdits prohibitoires simples. Cf. Lenel, *Edictum*, pp. 434-435 (*Edit*, 2, pp. 193-195).

1. Gaius, 4, 141, dit d'une manière générale qu'*ad judicem recuperatoresve itur* ; mais, la *formula arbitraria* ayant probablement toujours pour arbitre un juré unique, le dualisme paraît se limiter à la procédure *per sponsionem*.

2. Nous sommes particulièrement renseignés sur la procédure de ces interdits parce qu'après une lacune nous avons sur elle le texte assez suivi de Gaius, 4, 166-170 Cf. Lenel, *Edictum*, § 247.

3. Formule de l'interdit : p. 284, n. 2. *Fructuum licitatio* et *stipulatio fructuaria* : Gaius, 4, 166 (mention de la stipulation : *D*., 45, 1, *De V. O.*, 4, 2). *Sponsiones et restipulationes* : Gaius, 4, 166. *Judicium Cascellianum sive secutorium* (sans doute inséré dans l'édit par le jurisconsulte Cascellius, qu'à la vérité Pomponius, *D*., 1, 2, *De O. J.*, 2, 45, dit n'avoir pas voulu briguer de magistrature supérieure à la questure, mais que Val. Max., 6. 2, 12, montre avoir occupé la préture sous le triumvirat) : Gaius, 4, 166 *a*.

tant, l'autre partie devra seulement le montant de sa *sponsio* et de sa *restipulatio*[1]. Mais, si c'est le plus haut licitant qui perd le procès, le juge le condamnera d'abord au montant de sa *sponsio* et de sa *restipulatio*, puis à celui de la *stipulatio fructuum* et, sur le *judicium secutorium*, s'il ne restitue pas, à la valeur de la chose et même des fruits ; car, dit positivement Gaius, la *licitationis summa* est une peine et non l'équivalent des fruits[2]. Seulement Gaius indique une variante possible mal connue : il aurait pu renoncer à faire la stipulation de la *fructuum licitatio* et demander le montant du préjudice par une action propre, par le *judicium fructuarium*, qu'on appelle aussi *judicium secutorium*, mais non plus *Cascellianum*, et sur lequel il a droit à la caution *judicatum solvi*[3].

On voit combien cette procédure est hérissée de complications. Il faut pour sa liaison, non seulement des *sponsiones* et des *restipulationes* faites en double, mais aussi la *fructuum licitatio*, mais aussi auparavant un acte de violence réciproque soulevant le point de savoir si l'interdit a été violé, donnant lieu aux *sponsiones* et dont le caractère est contesté, qui est, d'après les uns, une violence réelle, d'après les autres, simplement un simulacre conventionnel de violence (*vis ex conventu*)[4]. Une des parties peut refuser son concours à l'un de ces actes (*cetera ex interdicto*), précisément peut-être parce qu'elle n'est pas très sûre de son droit. Et la procédure est arrêtée. On rencontre alors, comme moyen de contrainte, au lieu des voies de droit ordinaires ouvertes contre l'*indefensus*, un procédé spécial[5]. Si l'un des plaideurs refuse de procéder aux *cetera ex interdicto*, le préteur rendra au profit de l'impétrant un interdit secondaire (*interdictum secundarium*), qui pourra être tantôt restitutoire et

1. Gaius, 4, 166 *a*. 168.
2. Gaius, 4, 166 *a*. 167.
3. Gaius, 4, 169. Ce *judicium* qui remplace, selon les uns, seulement l'action née de la stipulation, suivant les autres, à la fois cette action et le *judicium Cascellianum*, est plus avantageux, d'après une opinion, à cause de la condamnation plus élevée qu'on obtiendrait par lui, d'après d'autres, à cause de la *satisdatio* qui y est due et qui l'est bien aussi dans la *stipulatio fructuaria* (Gaius, 4, 170), mais peut-être pas dans le *judicium Cascellianum*. V. en sens divers, P. Krueger, *Krit Versuche*, 1870, p. 91, n. 2. Lenel, *Edictum*, pp. 445-456 (*Edit.* 2, pp. 219-220) Ubbelohde, 2, pp. 163-177, où l'on trouvera encore d'autres systèmes.
4. Il y a sur cette *vis* qui, d'après Gaius, 4, 170, doit intervenir après le prononcé de l'interdit (*quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant... qui cetera ex interdicto non faciat veluti qui vim non faciat*) et qu'une certaine doctrine met en rapport avec la *deductio quae moribus fit* une littérature très abondante qu'on trouvera discutée dans les travaux sur cette *deductio* signalés p. 1004, n. 3.
5. La manière dont Gaius, 4, 170, définit les interdits secondaires en étudiant la procédure des interdits doubles (*interdicta quae secundaria appellamus quod secundo loco redduntur*) semble indiquer qu'il les rencontre là pour la première fois et qu'ils n'intervenaient donc pas au cas de refus de concours à la procédure des autres interdits. C'est tout naturel, si on admet qu'ils diffèrent des interdits doubles seulement par le caractère d'interdits simples (p. 1079, n. 2).

tantôt prohibitoire, dont l'effet sera d'obliger l'autre partie à restituer la possession, si elle l'avait, à ne pas la troubler, si elle ne l'avait pas, et dans lequel Gaius paraît dire, au moment où le texte finit par une lacune, que le défendeur succombera quand bien même il eût triomphé sur l'interdit *uti possidetis*[1]. Cet interdit est souvent considéré à cause de cela comme un ordre pur et simple. Il est plus probable qu'il est, comme tous les interdits, un ordre conditionnel, sur lequel on plaidera, mais avec des conditions différentes de l'interdit double, ainsi un interdit simple où le défendeur ne pourra plus se prétendre possesseur, ni prétendre que la possession du demandeur soit vicieuse à son égard, mais où il pourra par exemple soutenir que la possession appartient à un tiers ou doit être rendue à un tiers[2].

SECTION IV. — *Restitutiones in integrum*.

La *restitutio in integrum*[3] est une décision par laquelle le magistrat remet dans sa situation primitive celui qui a subi, en vertu des règles mêmes du droit, un préjudice que le magistrat estime injuste, par laquelle le magistrat répute non avenu le fait duquel résulte ce préjudice. C'est encore un acte fait par le magistrat en dehors de sa juridiction, en vertu de l'*imperium* refusé par exemple aux magistrats municipaux. C'est même le plus grave : car, tandis que, dans les stipulations, les *missiones*, les interdits, il ne contrecarre pas, au moins directement, le droit civil, il anéantit ici un événement dont il ne reconnaîtra plus les conséquences légales, en dépit duquel il donnera les actions que cet événement a supprimées, il refusera les actions qui en sont nées. Et en conséquence le préteur n'y a recouru que quand il avait déjà fait un certain usage des pouvoirs nouveaux tirés par lui de la loi Aebutia, après avoir, pour la plupart des cas, essayé d'abord d'arriver à ses fins par des procédés plus modestes, moins extrêmes[4].

I. Conditions d'existence. — La *restitutio in integrum* suppose un préjudice légal estimé injuste par le magistrat. Elle implique donc comme condition première un préjudice résultant de la loi, contre lequel la loi ne fournit pas de protection. Mais on pourrait croire que c'est tout, que pour le surplus le magistrat devait apprécier souverainement, sans être lié par aucune considération de temps ni de cas, en ayant toujours le

1. Gaius, 4, 170 (lu seulement par Studemund).
2. V. en ce sens Ubbelohde, 1, pp. 297-304.
3. *D.*, 4, 1, *De restitutionibus in integrum*, et ss. Cf. outre l'ouvrage ancien de Burchardi, *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, 1831, Bekker, *Aktionen*, 2, 1873, pp. 74-105. Karlowa, *R. R. G.*, 2, pp. 1064-1104.
4. V. les renvois, p. 1081, n. 6 et 7.

droit de l'accorder et sans être jamais astreint à le faire. Et on relève même certains vestiges de l'idée que c'est une grâce du magistrat qu'il peut refuser : il ne l'accorde en général que *cognita causa* ; il ne l'accorde qu'en face d'un préjudice important[1]. Mais, à l'inverse, il n'est pas du tout libre de l'accorder quand il veut. Il faut, pour cela, à côté du préjudice légal, dénué de protection légale, l'observation de conditions précises de causes et de délai.

1. Les causes de *restitutio in integrum*, énumérées pour la plupart dans la portion préliminaire de l'édit relative à l'introduction de l'instance[2], parce que la *restitutio* écarte ou permet un procès, sont ramenées par les jurisconsultes à certaines classes générales[3], qu'on peut à leur tour subdiviser en distinguant les *restitutiones* des majeurs et des mineurs. La *restitutio in integrum* est accordée : *ob aetatem,* aux mineurs de 25 ans, contre les actes d'eux-mêmes, de leurs tuteurs ou de leurs curateurs qui, sans tomber sous le coup de la loi Plaetoria, leur ont causé une lésion[4] ; puis aux majeurs : *ob absentiam*, en vertu d'une des clauses de l'édit sur la *restitutio in integrum* qui semblent les plus anciennes[5], en particulier dans le cas où un individu a été empêché d'interrompre une usucapion courant à son préjudice, ou par son absence pour cause légitime ou par l'absence quelconque du possesseur, plus largement dans les cas où il a perdu un droit, une action, sans avoir été dans la possibilité de l'exercer (*clausula generalis*[6]) ; *ob capitis deminutionem,* aux créanciers de celui qui a subi une *capitis deminutio minima* pour le poursuivre comme s'il ne l'avait jamais subie[7] ; *ob errorem*, non pas, semble-t-il, en vertu d'une clause générale de l'édit, mais en vertu de plusieurs clauses spéciales relatives en particulier à des erreurs de procédure[8] ; *ob*

1. *Causae cognitio* : *D.*, *h. t.*, 3. Préjudice d'une certaine importance : *D.*, *h. t.*, 4.
2. *Textes*, pp. 144-145 ; Lenel, *Edictum*, §§ 39-47.
3. Paul, *Sent.*, 1, 7, 2 ; Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1.
4. *D.*, 4, 4, *De minoribus XXV annis* ; cf. p. 234 et ss.
5. *D.*, 4, 6, *Ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur*. Non seulement elle est connue de Cicéron, *In Verr.*, 2, 2, 26, 63 et de Ser. Sulpicius, *D.*, *h. t.*, 26, 4. Mais la rubrique qui la désigne dans l'édit remonte forcément à une époque où elle était, à côté de la *restitutio* du mineur, la seule *restitutio* des majeurs.
6. Texte de l'édit : *D.*, *h. t.*, 1, 1 (*Textes*, p. 145, nº 44). C'est à l'action donnée à la suite de la *restitutio in integrum* fondée sur l'absence de l'acquéreur que se rapportent les *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 5, qui ont donc tort de parler d'absence légitime. Elles ont d'ailleurs également tort de conserver cet exemple, faux à l'époque de Justinien où l'on peut interrompre la prescription contre un absent (p. 317, n. 7), et de parler du délai d'une année utile alors remplacé par un délai continu (p. 1081, n. 4).
7. *D.*, 4, 5. *De capite minutis*. Cf. p. 200. On admet généralement, avec une doctrine développée par Savigny, qu'à la différence des autres, cette *restitutio in integrum* est accordée par le préteur sans examen des faits et à une époque quelconque.
8. Actes avec le pupille assisté d'un *falsus tutor* : *D.*, 27, 6, *Quod falso tutore* ; cf. p. 225, n. 2, 2º. Formule commettant une *plus petitio* motivée par une erreur

metum, en vertu d'une rubrique spéciale de l'édit[1]; *ob dolum*, à la fois en vertu d'une rubrique propre et de rubriques spéciales à certaines applications[2]; aussi *ob fraudem creditorum*, croyons-nous[3].

2. La *restitutio in integrum* doit être demandée dans un certain délai qui en droit classique était d'une année utile *ratione initii*, qui sous Justinien est de quatre années continues, partant d'ailleurs seulement de la fin de l'obstacle, au moins pour la minorité et l'absence, et peut-être pour tous les cas[4].

3. Enfin elle suppose l'absence d'autres voies de recours. Elle remédie à un préjudice causé par le jeu du droit. Elle est donc inutile, quand le droit même fournit une protection[5]. Elle n'appartient pas à celui qui est protégé d'après le droit civil par la nullité de son acte ; elle n'appartient même pas à celui qui est protégé par une action prétorienne, par une exception. Seulement ce principe paraît contredit par certaines solutions particulières, ainsi par la coexistence d'actions prétoriennes et de *restitutiones in integrum* en matière de dol, de *metus* et probablement de *fraus*. On a expliqué cette dualité de moyens par l'antériorité de l'*in integrum restitutio*, qui remonterait au temps des Actions de la loi, tandis que les actions ne dateraient que de la procédure formulaire[6]. A notre sens, c'est au contraire la *restitutio in integrum* qui a été ajoutée après coup, là comme partout, pour mieux assurer d'une manière quelconque les intérêts de la personne protégée[7].

II. Effets. — Au lieu d'être, comme l'interdit, une décision conditionnelle, rendue sans examen des faits, la *restitutio in integrum* est une décision rendue par le magistrat sur l'examen des faits. Il déclare l'acte anéanti après avoir reconnu que les conditions de l'*in integrum resti-*

légitime (p. 1055, n. 4), contenant une *condemnatio* exagérée (p. 1054, n. 2), omettant une exception perpétuelle (p. 1049, n. 6).

1. *D.*, 4, 2, *Quod metus causa gestum erit*. Cf. p. 426, n. 2 ; p. 428, n. 1.

2. *D.*, 4, 3, *De dolo malo*. Cf. p. 430, n. 1. *D.*, 4, 7, *De alienatione judicii mutandi causa facta*. Cf. p. 348, n. 3, 1°.

3. Cf. p. 436, n. 4.

4. *C.*, 2, 52 (53), *De temp. in int. rest.*, 7. Régime intermédiaire établi par Constantin pour la *restitutio minorum* : *C. Th.*, 2, 16, *De int. rest.*, 2. V. pour la *capitis minutio* la p. 1080, n. 7.

5. *D.*, 4, 4, *De min.*, 16, *pr.* : *Si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium*.

6. Nous avons déjà écarté cette doctrine de Savigny (p. 426, n. 2 ; p. 430, n. 1 ; p. 436, n. 4).

7. Ainsi l'*in integrum restitutio* suivie de l'exercice d'une action réelle est plus avantageuse que l'action personnelle, non pas en ce sens qu'elle serait donnée contre d'autres personnes, mais en ce sens qu'en vertu des cautions dues dans les actions réelles elle assure un droit de préférence contre les créanciers de la personne poursuivie : p. 426, n. 2. Ainsi aussi, quand l'acte est un procès, il est moins simple d'intenter une action en réparation que d'obtenir l'*in integrum restitutio*, par ex. celle *ob dolum* qui ne paraît concédée que là (p. 430, n. 1).

tutio sont réunies. Mais même là il n'y a pas un pur acte d'autorité mis à exécution par la force matérielle à l'égard de tous. Même là le magistrat se révèle comme un magistrat judiciaire par la façon dont il restreint la portée de sa décision aux parties en cause, par la manière dont il renvoie le règlement des contestations à la procédure ordinaire.

La *restitutio in integrum* peut être prononcée avec une portée plus ou moins large, à l'encontre d'une seule personne ou à l'encontre de tous les intéressés (*in personam, in rem*)[1]. Mais elle ne l'est qu'après un débat contradictoire et elle n'est opposable qu'à ceux qui ont été parties au procès[2].

D'autre part, quand elle est prononcée, ce n'est pas normalement[3] le préteur qui en met les conséquences à exécution. Il a déclaré non avenus les effets juridiques de l'acte attaqué. C'est désormais à la partie qui a obtenu cette décision d'en tirer les conclusions en demandant une exception contre les actions dont elle prétend n'être tenue qu'à raison de cet acte, en demandan , comme s'il n'avait pas eu lieu, les actions qu'elle aurait eues, prétend-elle, en son absence[4]. Une fois l'*in integrum*

1. En matière de minorité, la *restitutio in integrum* est donnée en règle contre celui avec qui le mineur a traité (*in personam*) et n'est donnée contre les tiers (*in rem*), par ex. contre les sous-acquéreurs d'un bien aliéné, que lorsque, la partie du mineur étant insolvable, il subirait sans cela un préjudice (*D.*, 4, 4, *De min.*, 13, 1 ; 14). Pour les autres cas, les solutions sont moins claires. Au cas de violence, l'*in integrum restitutio* est ouverte, comme le serait l'action *metus*, contre les tiers : *C.*, 2, 19 (20), *De his quae vi*, 5, et on soutient la même chose pour la restitution *ob absentiam* en vertu de textes moins probants (*D.*, 4, 6, *Ex quib. caus.*, 17, *pr.* ; 30, 1).

2. *D.*, 4, 4, *De min.*, 13, *pr.* : *Praesentibus adversariis*. *C.*, 2, 33 (34), *Si adversus dotem*, 1 : *Praesente diversa parte*. Quand on la demande contre une adition d'hérédité, il faut mettre les créanciers en cause : Modestin, *D.*, 4, 4, *De min.*, 29, 2. Cependant le magistrat a pu donner sans cela les actions contre les tiers libérés par l'acte anéanti ; cf. *D.*, 4, 4, *De min.*, 50 ; *D.*, 46, 1, *De fidejuss.*, 48, 1.

3. On rencontre une exception en matière de minorité où le magistrat est représenté à plusieurs reprises comme tirant lui même les conséquences de sa décision (*D.*, 4, 4, *De min.*, 13, 1 ; 24, 4 ; 41). Mais c'est une exception qui s'explique sans doute par la rédaction particulière de l'édit sur la minorité où le préteur disait : *Animadvertam* et dont rien n'autorise à faire le droit commun. Il ne faut pas plus ici qu'en matière d'interdits confondre avec cela l'intervention *extra ordinem* dont parle Callistrate, *D.*, 4, 6, *Ex quibus*, 2, *pr.*

4. Ainsi, quand la personne a fait une *acceptilatio*, le préteur lui donnera l'action *rescissa acceptilatione*, quand elle a fait une aliénation, le préteur lui donnera la revendication ou l'action Publicienne, *rescissa alienatione*, sans que le défendeur soit empêché de contester à un autre point de vue l'existence de la dette, la propriété de l'aliénateur. Ainsi, quand elle prétend avoir perdu la propriété par une usucapion accomplie en son absence ou au profit d'un absent, elle intentera la revendication *rescissa usucapione* sans que le défendeur soit empêché de contester sa propriété à un autre point de vue. V. par ex. *D.*, 4, 2, *Q. m. c.*, 9, 4. *D.*, 4, 4, *De min.*, 13, 1 *Inst* , 4, 6, *De act.*, 5 (contre-Publicienne des anciens interprètes) ; 6 (action Paulienne réelle des anciens interprètes). — On remarquera : 1° que la *restitutio* étant prononcée au profit d'une partie, mais au regard des deux, celui qui l'a obtenue peut seul s'en prévaloir (*D.*, 4, 4, *De min.*, 41), mais, en le faisant, par ex. en réclamant une chose vendue, donne à

restitutio prononcée, la procédure rentre ainsi, comme en matière de stipulations prétoriennes, de *missiones in possessionem* ou d'interdits, dans le système de l'*ordo judiciorum privatorum*, où le magistrat ne juge pas les procès, mais en renvoie le jugement à des jurés.

l'autre le droit de réclamer également ce qu'il a fourni à raison de l'acte, son prix, ou, au cas de minorité, l'enrichissement (*D.*, 4, 4, *De min.*, 27, 1) ; 2° que les cautions qui ne peuvent demander la *restitutio in integrum* du chef du débiteur principal peuvent en profiter si elles ne se sont pas portées cautions précisément pour défendre contre ce risque (*D.*, 46, 3, *De solut.*, 95, 3 ; cf. p. 778, n. 2).

TITRE III

PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE

La procédure extraordinaire (*cognitio extra ordinem*) se caractérise, à notre sens, par le fait que le représentant de l'autorité, le fonctionnaire public y fait lui-même justice entre les particuliers en conflit, en dehors des formes régulières des instances civiles (*ordo judiciorum privatorum*). Cette procédure a commencé par se produire dans des cas où une instance régulière ne pouvait se lier, soit à raison de la nature du litige, soit à raison du caractère du fonctionnaire qui intervenait. Puis elle a été étendue d'abord dans les provinces et ensuite dans la capitale et en Italie, à des hypothèses où la procédure régulière eût été parfaitement concevable, et elle est ainsi devenue la seule procédure du dernier état du droit romain. Il faut étudier le mouvement historique par lequel elle s'est introduite et les caractères qu'elle présente à l'époque de son plein développement.

SECTION I. — **Introduction de la procédure extraordinaire**[1].

La procédure formulaire était, comme la procédure des Actions de la loi, à laquelle elle avait succédé, une procédure régulière, aux traits précis, dans laquelle le triomphe de la justice devait être obtenu suivant des formes légales, suivant les formes arrêtées par les lois qui la mirent d'abord à côté, puis à la place de la procédure des Actions de la loi. Ces formes s'imposent non seulement aux parties, mais au magistrat; notamment le magistrat, malgré l'extension de pouvoirs qui résulte pour lui du droit d'accorder l'action ou de la refuser, n'est aucunement libre d'appliquer à la recherche et à la réalisation de la vérité l'ensemble des pouvoirs qu'il tient de sa qualité de magistrat.

1. Le mode d'introduction de la procédure extraordinaire est, à notre sens, généralement exposé d'une manière défectueuse. Le seul travail qui nous paraisse en donner un exposé systématique et raisonné est celui de M. A. Pernice, *Festgabe für Beseler*, 1885, pp. 51-78, traduction italienne avec quelques additions de l'auteur, *Archivio*, 1886, pp. 36-86, dont nous avons en grande partie adopté les conclusions. Elles ont été combattues notamment par M. Ubbelohde dans Hartmann Ubbelohde, *Der Ordo judiciorum und die Judicia extraordinaria der Römer*, 1886. V. encore aujourd'hui dans un sens différent des doctrines adoptées ici, le travail, à notre avis peu satisfaisant, de M. R. Samter, *Nichtförmliches Gerichtverfahren*, 1911 (comptes rendus par Ad. Berger, *Z. de Grünhut*, 40, 1913-1914, pp. 311-321, et A. Steinwenter, *K. V. I.*, 1914, pp. 59-69).

Il pourrait utiliser ces pouvoirs, en matière d'administration, comme magistrat politique ou administratif. En matière judiciaire, il doit se conformer au programme que lui ont tracé les lois constitutives de la procédure nouvelle et qui constitue l'*ordo judiciorum privatorum*.

1° Pour l'introduction de l'instance, il ne peut faire amener devant lui le défendeur par ses appariteurs, par ses agents qu'il pourrait ailleurs employer à cela. La comparution du défendeur doit être procurée par le demandeur, et, même quand on a reconnu la lutte corps à corps des XII Tables trop aléatoire, trop grossière, le magistrat n'est pas venu au secours du demandeur au moyen de la force publique ; il l'a fait par voie de délivrance d'action (p. 1016, n. 1).

2° De même, quand l'*in jus vocatio* est impossible, parce que le défendeur est absent ou se cache, plus largement quand le défendeur empêche l'organisation de l'instance en n'y donnant pas son concours, le magistrat ne peut donner raison au demandeur dont le bon droit lui paraît évident ; car, dans l'*ordo*, il ne peut y avoir de jugement que contre celui qui a donné son concours à la délivrance de la formule. Il va seulement pouvoir prononcer la *missio in bona* et la *venditio bonorum* pour vaincre la résistance du défendeur ou le remplacer (p. 1063 et ss.).

3° Quand le magistrat est saisi par la comparution de parties d'accord pour vider le litige, il ne peut le trancher lui-même : il doit, suivant l'antique prescription rattachée aux fondateurs de la République, renvoyer l'affaire à un juré régulièrement choisi par les parties[1].

4° Quand ce juré a statué, le magistrat ne peut pas davantage exécuter sa décision en enlevant au défendeur la chose à laquelle le demandeur est reconnu avoir droit, en le forçant à s'exécuter par les moyens de contrainte administratifs ordinaires (*multis et pignoribus*). L'*ordo judiciorum privatorum* laisse encore ici au demandeur le soin de procéder à l'exécution, en demandant, par une nouvelle action, par l'action *judicati*, que le défendeur condamné le paie, s'il ne veut le suivre dans sa prison domestique, selon la procédure la plus régulière, ou tout au moins, selon la procédure de *venditio bonorum*, que ce défendeur qui ne le paie ni ne conteste régulièrement sa demande soit remplacé par le *bonorum emptor* qui fera l'un ou l'autre (p. 1066).

5° Enfin, par un dernier trait, qui n'est qu'un des éléments de l'*ordo*, le magistrat qui a le droit de procéder à l'administration de la justice ne le peut pas à tout moment, mais seulement à certains jours, comme au reste il ne le peut aussi qu'en certains lieux[2].

1. P. 21. n. 1. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 1, pp. 259-267. Wlassak, *Processgesetze*, 2, pp. 330-346. Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 75-82.

2. Suivant la doctrine d'Hartmann, admise par Ubbelohde dans les ouvrages cités p. 1084, n. 1, p. 1063, n. 1, p. 1071, n. 1, ce serait là le seul trait essentiel de l'*ordo*. Le caractère plus général de l'opposition est attesté par ex. par des textes tels que *D.*, 3, 5, *Neg. gest.*, 46 (47), 1 : *In extraordinariis judiciis ubi con-*

Ce sont là les grands traits de la procédure régulière seule applicable dans l'administration de la justice civile, confiée, à Rome, aux préteurs urbain et pérégrin ayant à côté d'eux les édiles curules, en province aux gouverneurs, ayant à côté d'eux les questeurs pour les fonctions des édiles curules dans les provinces du sénat, et aussi en Italie et en province aux magistrats municipaux. Mais cette procédure devient hors de cause lorsqu'on sort du domaine de la juridiction civile, lorsque soit ces fonctionnaires eux-mêmes, soit d'autres fonctionnaires interviennent en matière administrative. Alors on n'est plus en matière judiciaire, même quand les intérêts des particuliers sont en jeu, on est *extra ordinem judiciorum privatorum*. Et rien n'empêche le magistrat d'employer, pour arriver aux résultats qui lui paraissent désirables, tous les moyens dont il dispose. S'il veut entendre quelqu'un, par exemple quelqu'un contre lequel on lui a adressé une plainte, il peut user de son droit de citation directe pour le faire amener devant lui. Il peut statuer sans distinction de jour, ni même, jusqu'à un certain point, de lieu ; car il ne fait pas de la justice, il fait de l'administration, de la police. Pour la même raison, s'il y a quelque contestation à trancher, il n'a pas besoin de la soumettre par une formule à un juré et quand bien même il se déchargerait, même par des instructions écrites [1], sur un fondé de pouvoirs, sur un commissaire, de tout ou partie de sa tâche, il n'y aurait pas plus de juré civil que de procès de l'*ordo judiciorum*. La décision viendrait toujours de ui et non de ce *judex datus* (qu'il ne faudrait pas, en dépit de la similitude de nom, confondre avec le juré civil [2]). Toujours par la même raison, l'absence d'un intéressé ne l'empêchera pas de statuer, de prendre les mesures que son examen des faits lui fera juger convenables. Enfin

ceptio formularum non observatur et la glose des Inst. de Turin sur *Inst.*, 3, 12, *pr.* : *Ordinaria judicia sunt quae formulis verborum continentur*.

1. L'usage de ces instructions écrites, qui sont rédigées comme les rescrits impériaux, dans des termes très voisins de ceux des formules et qui montrent même ainsi que ce qui constitue la procédure de l'*ordo*, c'est essentiellement le juré choisi par les parties et beaucoup moins la formule, a été surtout révélé clairement par les papyrus grecs, de l'époque romaine découverts en Egypte. V. par ex. *B. G. U.*, 136 (Mitteis, *Chrestom.*, 86), de l'an 135, pour un procès extraordinaire du temps où l'*ordo* n'a pas encore disparu et *P. Oxy.*, I, 67 (Mitteis, *Chrestom.*, 56), de l'an 338, pour un procès du temps où l'*ordo* est depuis longtemps aboli, avec les observations de Gradenwitz, *Hermes*, 28, 1893, p. 333, et de Mitteis, *Hermes*, 30, 1895, p. 580. 34, 1899, pp. 100-101. V. dès auparavant dans un sens analogue, Bekker, *Aktionen*, 2, pp. 225-236. 358-362 ; Wlassak, *Processgesetze*, 2, pp. 60-62. V. en revanche contre la confusion de ces instructions avec les véritables formules, déjà J. Partsch, *Schriftformel*, 1905, pp. 65-67 et surtout L. Boulard, *Les instructions écrites du magistrat au juge-commissaire dans l'Egypte romaine*. Thèse Paris, 1906.

2. Cf. sur la différence des *judices privati* de la procédure ordinaire et des *judices dati* ou *pedanei* constitués sans formule par les magistrats dans la procédure extraordinaire, Mommsen, *Dr. publ.*, 5, pp. 275, n. 1. 271, n. 1 (v. aussi, 7, p. 148, n. 2) ; A. Pernice, *Z. S. St*, 7, 1, 1886, p. 105-110, en sens contraire, Ubbelohde dans Glück, livres 43-44, 2, 1890, pp. 5 7-560.

pour ces mesures, pour l'exécution de sa décision, il n'est pas lié par le mécanisme compliqué de l'*ordo*, par ce mécanisme de la *venditio*, qui, pour le recouvrement d'une créance, force à faire adjuger tout le patrimoine à un tiers. Il peut faire exécuter sa décision par la force, par voie de contrainte directe, quand c'est possible, ou sinon par ses procédés de contrainte administratifs, par des amendes disciplinaires, par des saisies de gages.

Tout cela est une conséquence de l'idée qu'il n'y a pas là justice civile, mais acte de police, d'autorité administrative. Seulement il n'y avait qu'à mettre la justice administrative à la place de la justice civile, qu'à soumettre les litiges privés à la procédure administrative pour remplacer partout la procédure de l'*ordo* par la procédure *extra ordinem*. C'est ce qui a eu lieu. Mais la transformation ne s'est pas opérée par une décision d'en haut ni d'un seul coup. Elle a résulté d'une série de changements successifs, qui à la bonne époque restèrent assez restreints à Rome et en Italie, qui eurent probablement dès alors une bien plus grande étendue en province, mais qui sont arrivés à leur conclusion dès avant la fin du III[e] siècle.

A Rome et en Italie, l'intervention des formes administratives dans la solution des contestations privées se présente à partir du début de l'Empire dans une série de cas que nous nous contentons d'énumérer[1].

1. L'empereur, en vertu de l'autorité prépondérante qu'il possède à côté et au-dessus de tous les magistrats ordinaires, aurait pu substituer partout la procédure administrative à la procédure civile en évoquant à lui tous les procès de l'empire. Normalement il s'est abstenu de le faire[2].

On ne pourrait voir une exception de quelque étendue que dans l'institution de l'appel, qui donne lieu au second degré à une procédure administrative pour l'affaire frappée d'appel. Mais il n'est pas sûr, avons-nous dit (p. 1068), que l'appel ait jamais été admis des sentences rendues dans les formes de l'*ordo*.

2. Les consuls se sont, en tant qu'ils étaient laissés à leur initiative, abstenus de s'immiscer dans les contestations privées aussi bien sous l'Empire que sous la République ; mais, sans parler de l'institution de l'appel, admis devant les consuls et le sénat comme devant l'empereur, et sur laquelle il y aurait les mêmes observations à faire[3], ils ont été amenés par des injonctions impériales à intervenir administrativement dans un certain nombre d'affaires privées pour la solution de plusieurs desquelles ils furent suppléés en tout ou partie par des préteurs administratifs statuant comme eux *extra ordinem* ; ainsi en matière de fidéi-

1. Cf. P. Joers, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit*, 1882.
2. Mommsen, *Dr. publ.*, 5, pp. 265-266.
3. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, pp. 120-123.

commis et en matière de nomination de tuteurs, où les consuls et les préteurs fidéicommissaire et tutélaire de Rome ont même, à côté d'eux pour les affaires les moins importantes du reste de l'Italie, quatre *juridici* pris sous Hadrien parmi les anciens consuls et depuis Marc-Aurèle parmi les anciens préteurs ; ainsi en matière d'aliments où la compétence des consuls est certaine et en matière d'obligation de doter où elle est probable [1]. En outre, en dehors de ces interventions faites dans des cas étrangers à la procédure ordinaire, dans laquelle ne rentrait pas la nomination des tuteurs et qui ne donnait pas d'actions dans les autres hypothèses, les consuls paraissent avoir été, par un véritable empiètement sur la procédure régulière, chargés, au plus tard à l'époque des Antonins, de statuer sur les questions de liberté et d'ingénuité transférées ensuite en tout ou partie au préteur *de liberalibus causis* qu'on rencontre dans les inscriptions et les textes depuis le temps des Sévères [2].

3. Les préfets impériaux ont également restreint le champ de la juridiction civile en attirant à eux certaines matières judiciaires connexes à leurs fonctions administratives. Ainsi le préfet de l'annone, ayant sous sa surveillance les négociants en grains et les armateurs, statue sur les affaires les concernant soit dans des cas où le préteur le pourrait, soit dans des cas où l'édit ne donnerait pas d'action [3]. Ainsi le préfet des vigiles, ayant dans ses attributions, en même temps que les incendies, la surveillance de la tranquillité publique et le contrôle des autorités de quartier, paraît avoir été amené par là à s'occuper de certaines contestations de nature à provoquer du désordre, comme les contestations entre propriétaires et locataires, comme par exemple le droit du propriétaire de faire ouvrir un appartement abandonné, comme par exemple le droit du locataire de déménager, déjà protégé sur le terrain de la justice régulière par l'interdit *de migrando* [4]. Et c'est ce qui explique que ces fonctions aient été occupées par des jurisconsultes, par exemple par Modestin duquel nous avons une décision ainsi rendue *extra ordinem* dans une affaire administrative [5]. Ainsi encore le préfet de la ville, qui est un

1. Fidéicommis : p. 935, n. 3. Nominations de tuteurs : p. 211, n. 2. Aliments : p. 648, n. 6. Constitution de dot : p. 158, n. 1. Les *juridici* que l'on regarde souvent comme chargés de toute la juridiction civile refusée aux magistrats municipaux n'ont, d'après les textes, à côté de la vérification des pouvoirs des membres des assemblées municipales, que les fonctions exercées à Rome par les préteurs tutélaire et fidéicommissaire. V. en ce sens, Mommsen, *Dr. publ.*, 5, pp. 391-393 ; en sens contraire, Jullian, *Transformations politiques de l'Italie sous les Empereurs*, 1884, pp. 118-123.

2. Questions de liberté : p. 105, n. 2. Questions d'ingénuité : p. 127, n. 3. Cf. aussi, p. 142, n. 4.

3. *D.*, 14, 5, *Quod cum eo*, 8. *D.*, 14, 1, *De exercit. act.*, 1, 18 (p. 689, n. 1).

4. V. les textes cités, p. 1075, n. 2.

5. Procès des foulons de l'an 244 (*Textes*, pp. 903-905).

véritable préfet de police, s'est, par la même immixtion, occupé soit d'affaires de dépossession violente qui auraient pu donner lieu à l'interdit *unde vi*, soit de contestations qui restaient en dehors de l'*ordo*, comme les mauvais traitements infligés à des esclaves par leurs maîtres. Enfin il a pu, comme le préfet de l'annone avait fait de son autorité sur les armateurs et les négociants en grains, tirer de l'autorité qu'il avait sur certaines professions assez disparates, sur les bouchers, les banquiers, le droit de statuer sur leurs procès [1].

4. Les préteurs judiciaires eux-mêmes ont peut-être statué *extra ordinem*, dans quelques cas assez rares où il n'y avait pas de procès possible, ainsi dans les questions d'honoraires [2]. Mais ils ne l'ont pas fait normalement pour la sanction des mesures prises en vertu de leur *imperium*, interdits, *missiones in possessionem*, stipulations prétoriennes, même le plus souvent *in integrum restitutiones*, où au contraire ils montrent leur prédilection à l'égard du système de l'*ordo* en y revenant immédiatement pour la mise en pratique de leurs ordres, en procédant par voie de délivrance ou de refus d'action, tout indiquée qu'eût semblé l'exécution par voie de contrainte directe [3].

5. Enfin, si l'on admet avec nous que la procédure ordinaire n'a pu fonctionner que pour une partie des cas de *querela inofficiosi testamenti*, il faut bien que les autres aient été jugés *extra ordinem* par un tribunal quelconque [4].

En somme, il y a là un groupe de cas certains où la procédure extraordinaire fonctionne dans la capitale et en Italie dès la bonne époque de l'Empire, où on applique aussi par conséquent, ainsi que c'est dit notamment pour les fidéicommis, les moyens d'action administratifs au lieu de ceux de l'*ordo*. Mais c'est un cercle assez limité. Les magistrats qui auraient eu le plus de facilité pour l'élargir, les deux préteurs judiciaires ne le firent pas ; ils en étaient empêchés par les lois et peut-être au moins autant par leurs traditions professionnelles, comme on le voit notamment très bien à la façon dont ils font rentrer dans l'*ordo* l'application des décisions prises par eux en vertu de leur *imperium*.

La procédure nouvelle trouva un milieu beaucoup plus favorable à son développement dans les provinces. La procédure ordinaire y a certaine-

1. *D.*, 1, 12, *De officio praefecti urbi*. Cf. p. 1075, n. 2.

2. *D.*, 50, 13, *De variis et extraordinariis cognitionibus*, 1, 14. Mais v. p. 595, n. 1. Cf. p. 1075, n. 2.

3. Les textes qu'on invoque parfois en sens contraire ne parlent que de cela en parlant de *cogere* (*D.*, 43, 8, *Ne quid in l. publ.*, 7 ; *D.*, 43, 12, *Ne quid in flum. publ.*, 1, 12), ou se rapportent à l'intervention d'autres autorités (p. 1070, n. 5 ; p. 1075, n. 2).

4. Cf. p. 876 et ss. Il n'en est pas absolument de même de la *querela non numeratae pecuniae*, pour laquelle, même en admettant qu'elle ait toujours été jugée *extra ordinem*, on pourrait concevoir qu'elle ait d'abord été ouverte seulement quant aux créances donnant déjà lieu à cette procédure (p. 513, n. 4).

ment fonctionné non seulement sous la République, mais sous l'Empire[1]. Seulement elle y a été remplacée plus tôt pour plusieurs raisons : d'abord en vertu d'une raison de fait, parce que les motifs qui en restreignaient le développement à Rome devaient y pousser dans les provinces, parce que le gouverneur, qui réunissait sur sa tête les attributions éparpillées à Rome entre les préteurs judiciaires et les autres fonctionnaires[2], a dû, comme ces fonctionnaires et à la différence du préteur, être porté à se servir dans toute sa compétence des procédés en apparence plus efficaces qu'il employait dans ses fonctions administratives ; peut-être aussi pour des raisons de droit qui soustrayaient en province les litiges à la procédure suivie pour eux en Italie[3]. Ainsi, a-t-on dit, on pourrait concevoir que, dans les provinces impériales où le gouverneur est un délégué de l'empereur, il dut, comme l'empereur lui-même, statuer *extra ordinem* et la même idée peut, croyons-nous, être soutenue encore plus solidement pour les régions qui ne sont même pas des provinces, qui sont sous l'autorité immédiate de l'empereur, successeur direct des anciens maîtres du pays, en particulier pour l'Egypte[4]. Mais, en tout cas, la procédure ordinaire n'est plus attestée ni dans les provinces impériales, ni dans les provinces sénatoriales, au milieu du IIIe siècle, un peu après l'époque des Sévères[5].

A Rome même elle subsistait sans doute encore alors. Elle y a disparu seulement un peu après, vers la fin du même siècle, au plus tard à l'épo-

1. V. les preuves tirées par A. Pernice du commentaire de Gaius sur l'édit provincial, notamment en ce qui concerne la *translatio judicii* (*D.*, 9, 4, *De nox. act.*, 15) et les allusions aux exceptions contenues dans la formule (*D.*, 9, 3, *de proc.*, 48; *D.*, 10, 2, *Fam. erc.*, 1, 1). V. aussi les textes cités note 5.

2. *D.*, 1, 18, *De off. praesid.*, 10 ; 11.

3. M. Pernice admet que les rescrits impériaux qui mettent la procédure *extra ordinem* à la place de la procédure ordinaire auraient été exclusivement relatifs à des provinciaux. Cf. sur la procédure des rescrits qui s'introduisit à cette époque et s'est maintenue à la suivante, les auteurs cités, p. 60, n. 2.

4. La première idée a été émise par M. Pernice. La seconde ne paraît plus guère contestée. Elle a pour appui d'innombrables papyrus relatifs à des procès égyptiens, comme type desquels nous avons autrefois cité le papyrus de l'an 124 (*Textes*, p. 893) qui montre, à l'époque d'Hadrien, un procès de la compétence des tribunaux ordinaires tranché *extra ordinem* par un *judex datus*, un officier de cavalerie, en vertu d'une délégation, sans doute stable, du gouverneur. Il est aujourd'hui plus intéressant de noter que cela prouve qu'on ne doit considérer comme des signes caractéristiques de l'*ordo*, ni l'existence d'instructions analogues aux formules (p. 1086, n. 1), ni même celle de *conventus* (v. sur les *conventus* égyptiens déjà cités, p. 990, n. 2, U. Wilcken, *Arch. f. Pap.*, 4, 1908, pp. 366-422).

5. Dès le temps des Sévères, le gouverneur statue d'ordinaire lui-même par voie de *cognitio* (v. les exemples dans Pernice, *Archivio*, p. 146, n. 6). Mais la survivance au moins exceptionnelle de la procédure ordinaire nous paraît comme à M. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 132, n. 4, attestée pour le temps de Caracalla (*C.*, 3, 8, *De ord. jud.*, 2 ; *C.*, 7, 53, *De exsec. rei jud.*, 2), et d'Alexandre Sévère (*C.*, 3, 42, *Ad exh.*, 1). Cf. même pour celui de Gordien, la const. *C.*, 3, 36, *F. E.*, 7, signalée par M. Partsch, *Schriftformel im Provinzialprozesse*, p. 118.

que de la réforme administrative de Dioclétien et de Constantin où le seul préteur judiciaire qui subsiste encore, le préteur urbain, n'a plus d'attributions judiciaires, où le *praefectus urbi* est le chef de la justice civile[1].

La réforme définitive est généralement attribuée à une constitution de Dioclétien de l'an 294, dans laquelle il recommande aux gouverneurs de statuer eux-mêmes sur les affaires qu'ils renvoyaient antérieurement à des *judices pedanei*. Cette constitution leur permet, dit-on, de statuer eux-mêmes sur les affaires qu'ils étaient obligés antérieurement de renvoyer à des juges. Elle accomplit la suppression de l'*ordo*. Plus exactement elle la suppose déjà accomplie ; car elle ne parle pas de procès renvoyés à des jurés, par délivrance de formules, mais de délégations faites aux *judices dati* de la procédure extraordinaire, dont il devenait à ce moment plus facile aux gouverneurs de se passer, à cause de la diminution d'occupations résultant pour eux de la restriction de l'étendue des provinces. La constitution ne réalise donc pas, à notre avis, la réforme, mais en prouve la réalisation antérieure accomplie par l'évolution que nous avons retracée[2].

SECTION II. — **Caractères généraux de la procédure extraordinaire.**

Les caractères généraux présentés par la procédure extraordinaire à l'époque de son plein développement se ramènent, avec une physionomie plus bureaucratique qui correspond aux institutions du temps, à l'idée qu'elle est une simple généralisation de la justice administrative

1. Les inscriptions de personnes inscrites dans les décuries de jurés, innombrables aux deux premiers siècles, disparaissent brusquement vers le début du IIIe ; le dernier *judex* connu est un consul de l'an 261 probablement inscrit dans les décuries au début de sa carrière (Mommsen, *Dr. publ.*, 6, 2, p. 144, n. 2). Il n'y a plus de traces des édiles curules depuis Alexandre Sévère (Mommsen, *Dr. publ.*, 2, p. 219, n. 3). Le préteur pérégrin disparaît au temps de Caracalla (Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 260, n. 3). Le préteur urbain subsiste sous Constantin ; mais il n'a plus de juridiction, même, quoiqu'on dise parfois le contraire, en matière de tutelle et de liberté ; car les textes qui parlent à ce sujet de l'intervention du préteur ne parlent pas du préteur urbain, mais des préteurs extraordinaires créés pour ces fonctions, le préteur tutélaire sous Claude, le préteur *de liberalibus causis* au plus tard sous les Sévères. Cf. Mommsen, *Dr. publ.*, 3, p. 260, n. 5.

2. *C.*, 3, 3, *De ped. jud.*, 2. V. en ce sens A. Pernice, *Z. S. St.*, 7, 1, 1886, pp. 103-112 ; *Archivio*, p. 147, et déjà Rudorff, *Rechtsgesch.*, 2, 1859, p. 4. Voir dans le sens de l'opinion dominante, Accarias, 2, p. 779 et ss. On a même parfois soutenu (v. par ex. Schulin, p. 592) que l'*ordo* n'aurait été complètement aboli que par la constitution de 342 abolitive des formules, *C.*, 2, 57 (58), *De form.*, 1. La difficulté s'évanouit si l'on remarque que la disparition de l'*ordo* n'a pas impliqué celle des écrits analogues aux formules (p. 1086, n. 1).

où un fonctionnaire use de ses pouvoirs ordinaires pour atteindre le résultat qui lui paraît désirable[1].

Ceux qui rendent la justice, à la place des magistrats et des jurés du système disparu, sont des fonctionnaires, les fonctionnaires hiérarchisés de l'organisation byzantine, à côté desquels on trouve seulement, maintenus dans le cadre nouveau, quelques-uns des anciens fonctionnaires administratifs auteurs des premiers empiétements (*praefectus urbi*, *praefectus vigilum*, *praefectus annonae*, etc.), les magistrats municipaux, et les juges délégués (*judices dati*, *pedanei*) qu'il ne faut pas confondre avec l'*unus judex* de l'ancien système. La subordination hiérarchique de ces diverses autorités a même pour conséquence de permettre un nombre déraisonnable d'appels allant du bas en haut de l'échelle administrative.

L'administration ne comporte pas de publicité. Le *tribunal* a disparu avec les magistrats judiciaires. Au V[e] siècle, les débats ont exclusivement lieu dans le *secretarium* ou *secretum*, duquel le public est séparé par des grilles (*cancelli*) et des rideaux (*vela*) qu'on n'ouvre qu'à certains moments, par exemple pour le prononcé de la sentence, où ne peuvent pénétrer que les gens de justice qui instrumentent dans l'affaire, les parties introduites par eux et certaines personnes de distinction pourvues du privilège de s'asseoir à côté du juge.

La bureaucratie a amené avec elle l'écriture. La procédure n'est plus exclusivement orale. L'usage de dresser des procès-verbaux des déclarations des parties et de celles du magistrat existait déjà, surtout dans les procès extraordinaires[2], à l'époque formulaire. Il a passé partout quand la procédure extraordinaire est devenue le droit commun. Un édit du temps de l'empereur Julien atteste son développement dès le milieu du IV[e] siècle[3].

En partie par corrélation, mais aussi en vertu de causes indépendantes tenant aux conditions mauvaises du temps, la justice a cessé d'être gratuite. Ces écritures se paient. Les plaideurs versent aux huissiers, aux greffiers, etc., des *sportulae*, non pas seulement, comme on croyait jusqu'aux derniers temps, à partir de la seconde moitié de V[e] siècle, où les preuves abondent, mais dès l'époque de l'empereur Julien, montre le même édit.

Enfin le trait le plus caractéristique est peut-être dans la marche même de l'instance qui est, de son début à son terme, sensiblement régie, en

1. Le travail d'ensemble le plus complet sur la procédure extraordinaire de la dernière période est toujours celui de Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, 3. Nous y renvoyons pour les détails et les renvois qui manqueraient ici.

2. V. par ex. les procès égyptiens du temps d'Hadrien et le procès des foulons de l'an 264, *Textes*, pp. 893. 896. 903.

3. Edit du gouverneur de Numidie de 361-363, *Textes*, p. 182, et commentaire de Pernice, *Z. S. St.*, 7, 2, 1886, p. 112 et ss.

dépit de quelques modifications aisées à comprendre, par les règles de l'ancienne procédure administrative. Il nous suffira d'en indiquer les phases en prenant successivement : d'abord, la citation ; ensuite, l'organisation de l'instance et le jugement, qui, tout en n'émanant plus de deux autorités distinctes, sont toujours séparés par un événement désigné du nom de *litis contestatio* ; puis enfin l'exécution.

I. Citation. — Tandis que, sous les deux premiers systèmes de procédure, c'était au demandeur qu'il appartenait d'amener le défendeur devant le magistrat par son action propre, sous le nouveau système l'autorité intervient dans la citation. Seulement il y a eu successivement deux procédés où son action est d'énergie inégale. Le premier, la *litis denuntiatio*, qui fonctionnait déjà dans la période formulaire, mais, croyons-nous, seulement pour les cas de *cognitio extra ordinem* ou en province, est une notification de la demande faite au moins depuis Constantin avec le concours d'un magistrat ayant le *jus acta conficiendi*. C'est le procédé normal de citation du Code Théodosien et elle apparaît encore dans les novelles post-théodosiennes et dans le livre syro-romain [1]. Mais elle a disparu sous Justinien où elle est remplacée par un autre procédé de citation encore plus administratif, une véritable citation du défendeur devant le magistrat compétent faite par ce magistrat lui-même sur la requête du demandeur (*libellus conventionis*). Le magistrat prend connaissance de cette requête et, s'il la trouve justifiée, il envoie, pour en faire la notification, un de ses agents qui s'en fait délivrer un reçu et qui, étant responsable de la comparution du défendeur, peut l'appréhender au corps s'il refuse de fournir, dans des conditions qui varient, la promesse de comparaître (*cautio judicio sisti*) [2].

1. V. p. 1002, n. 1. Les principaux textes sur ce mode de citation à l'époque de la généralisation de la procédure extraordinaire sont : *C. Th.*, 2, 4-6 ; le livre syro-romain L 75 (cf. R II 47) et 76 ; Symmaque, *Rel.* 32 et 39, l'édit du gouverneur de Numidie de 361-363 (p. 1092, n. 3) et divers papyrus dont le plus important est le *P. Lips.*, 33 de l'an 368, *Textes*, pp. 905-910. Les principaux commentaires sont les deux ouvrages publiés en 1887 par MM. Baron et Kipp sur la *litis denuntiatio*, les observations présentées sur les papyrus par M. Mitteis et résumées par lui *Berichte* de Leipzig, 1910, pp. 61-126 et *Grundzüge*, pp. 36-37, *Chrestom.*, nos 50-56 et en dernier lieu les *Studien zum römischen Versäummissverfahen* de M. Steinwenter, 1914, pp. 1-128. Son accomplissement a pour effet de faire courir un délai de quatre mois dans lequel doivent commencer les débats. Si le demandeur ne les a pas commencés, il subit le dernier jour (*dies legitimus*) une déchéance de sa demande dont il doit être relevé par le magistrat par une *reparatio temporum* qui ne peut être obtenue que deux fois. Quant au défendeur, on a autrefois soutenu qu'il serait réputé condamné faute de comparution au *dies legitimus* ; mais en réalité, il y a seulement lieu contre lui à la procédure de *contumacia* ouverte par une citation du magistrat (*denuntiatio ex auctoritate* ; *edictum peremptorium*) et terminée par un jugement de ce magistrat rendu malgré son absence.

2. V. en dernier lieu, Steinwenter, p. 129 et ss. Le papyrus du Caire 67032, en date de l'an 551 publié par M. Jean Maspero, *Catalogue du Musée du Caire*, 1,

II. Organisation de l'instance. — Il y a toujours deux hypothèses possibles, celle où les parties comparaissent toutes deux et celle où l'une d'elles fait défaut.

1. Dans le dernier état du droit de Justinien, l'instance peut être organisée et la sentence rendue, après les citations répétées de la procédure de *contumacia*, malgré le défaut total de l'une ou de l'autre partie. Quoiqu'on l'ait contesté, c'est admis pour le défaut du défendeur par le droit du Code et cela a été étendu au défaut du demandeur par la novelle 112 [1]. Le jugement étant un véritable jugement rendu après connaissance prise des faits de la cause n'est pas nécessairement prononcé contre le défaillant ; mais, si la sentence a été rendue contre lui, c'est un principe qu'il ne peut en faire appel (*contumax non appellat*) ; seulement il peut l'attaquer pour cause de nullité, par ex. sur l'action *judicati*, et il peut même en appeler quand il soutient qu'il n'y avait pas *contumacia*.

2. Au cas de comparution des deux parties, il peut y avoir comme anciennement des *interrogationes in jure*, une *confessio*, une délation de serment. Mais ces actes ont perdu leur caractère original et par suite pris une étendue d'application qui a motivé les interpolations faites au Digeste à leur sujet. Les *interrogationes in jure*, qui ne pouvaient être

1910 (texte et trad. française chez P. Thomas, *Etudes Girard*, 1, 1912, pp. 380-389 ; corrections au texte communiquées par M. Maspero, chez Partsch, *Arch. f. P.*, 1913, pp. 528-529) rapportant une convention conclue entre les bénéficiaires d'un rescrit impérial et les *exsecutores litium* auxquels ils recourent pour le procès sur ce rescrit a été dernièrement signalé par M. Partsch, *Nachrichten* de Goettingue, 1911, pp. 201-253 et par M. P. Thomas, *Etudes Girard*, 1, pp. 378-416, comme contredisant les idées admises sur l'*exsecutor litium* qu'il montrerait être choisi par les parties, en dehors de l'*officium* du magistrat, et même, d'après M. Partsch, sur la citation qu'il montrerait émaner encore sous Justinien du demandeur et non du magistrat. Mais ni sur le premier point, ni encore moins sur le second, ce texte isolé relatif à un procès sur un rescrit ne nous semble pouvoir effacer tout ce que nous savons par le reste des sources. Cf. les observations de M. Steinwenter, pp. 130-134.

1. V. l'ouvrage déjà cité de Steinwenter où est discutée la littérature plus ancienne. Contre le défendeur, la procédure de *contumacia* née de l'*evocatio* des procès étrangers à l'*ordo* en a suivi les phases sans être sensiblement modifiée ni par la transformation de la *litis denuntiatio* ni par son remplacement par le *libellus conventionis*. Le défendeur qui ne comparait pas dans le délai du droit de Justinien est comme celui qui ne comparaissait pas avant la fin du *conventus* (p. 1017, n. 1) ou des quatre mois du système moderne de la *litis denuntiatio* (p. 1093, n. 1), susceptible de faire l'objet d'une citation du magistrat en face de laquelle la *contumacia* permettra de le juger en son absence. Seulement ce jugement n'est prononcé qu'au bout de très longs délais fixés différemment selon que son absence a lieu avant la *litis contestatio* (un an ?) ou après (six mois avant l'expiration des trois ans de la péremption d'instance : p 1095). Quant au demandeur, pour lequel il ne pouvait y avoir anciennement de *contumacia*, puisqu'il ne pouvait recevoir de citation du magistrat, qui pouvait seulement être déchu de son droit d'agir quand il avait obtenu deux fois la *reparatio temporum*, il peut désormais être sommé de comparaître sur la requête du défendeur, d'après des règles qui ont varié, et par conséquent la *contumacia* peut autoriser un jugement en son absence.

faites que par le demandeur, au début de l'instance, dans les cas fixés par l'édit, peuvent être faites à tout moment, en toute matière, par toute partie. La *confessio*, qui n'équivalait au jugement que quand elle portait sur une somme d'argent, y équivaut désormais en toute matière. Le serment, qui ne pouvait être déféré que dans les *condictiones certae pecuniae* et *certae rei* et quelques cas assimilés, peut désormais être déféré sur toutes les demandes. De même il n'y a plus à distinguer les droits sanctionnés par des actions civiles ou prétoriennes [1]. Les interdits deviennent des actions comme les autres [2]. La *restitutio in integrum* elle-même, sans perdre absolument son caractère, se rapproche des procès ordinaires et passe par suite dans la compétence de magistrats nouveaux [3]. Le nom de la *litis contestatio* subsiste pour désigner un moment où l'instance est arrivée à un certain point d'avancement, celui, croyons-nous, où le procès est lié par l'exposé contradictoire des moyens de fait et de droit des deux parties [4], et elle produit encore alors certains effets analogues à ceux qu'elle produisait autrefois [5] : elle transforme les actions temporaires et intransmissibles en actions perpétuelles et transmissibles ; elle exclut, suivant certains, toutes les exceptions, suivant d'autres, les exceptions dilatoires qui n'ont pas été invoquées avant elle ; elle fait courir le délai de trois ans par lequel les instances se périment (sans extinction du droit) sous Justinien. Mais elle ne fait plus passer l'instance d'une autorité à une autre.

III. Jugement. — Le procès a lieu tout entier devant le même fonctionnaire. Ce qui fait que, dans la phase postérieure à la *litis contestatio*, on ne trouve plus les solutions déduites de ce que le juge tirait ses pouvoirs de la formule, pas plus qu'on ne retrouve nulle part celles venant des règles de l'*ordo*. Le juge est soumis, quant à l'admission des preuves par lesquelles il pourra déterminer sa conviction, à certaines restrictions tenant à la défaveur croissante de la preuve testimoniale. Mais ce sont des restrictions à ses pouvoirs généraux. Dans la

1. V. la solution mise mensongèrement sous l'autorité de Paul, *D.*, 3, 5, *De neg. gest.*, 46 (47), 1.

2. *Inst.*, 4, 15, *De int.*, 8 : *Quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

3. Justinien, *C.*, 2, 46 (47), *Ubi et apud quem*, 3.

4. *C.*, 3, 1, *De Jud.*, 14, 4 (1) : *Cum lis fuerit contestata post narrationem propositam, et contradictionem objectam. C.*, 3, 9, *De lit. cont.*, 1 : *Lis tunc videtur contestata, cum judex per narrationem negotii causam audiri coeperit.* Justinien, *C.*, 2, 58 (59), *De jurejur.*, 2, a reculé le moment de la *litis contestatio* à celui où les deux parties auraient après cela prêté le *jusjurandum calumniae* (p. 1019, n. 4), faute duquel le demandeur est débouté et le défendeur réputé *confessus*.

5. La mesure dans laquelle la *litis contestatio* a gardé son effet extinctif est controversée chez nous, plus au point de vue du principe qu'à celui des conséquences pratiques. V. en sens divers Accarias, 2, p. 774 et ss. et Labbé sur Ortolan, 3, p. 912 et ss.

mesure de ses pouvoirs, il procédera en toute liberté à l'instruction et au jugement, sans connaître les entraves imposées à l'ancien juré par la formule : 1° il peut sans difficulté absoudre le défendeur qui aura satisfait le demandeur *inter moras litis* ; 2° il peut modérer la condamnation, au cas de *plus petitio re* ou d'exception minutoire[1] ; 3° il peut, ce qui implique disparition non seulement des formules, mais de l'*ordo*, condamner à autre chose que de l'argent, à la chose même, quand on demande par une action quelconque, personnelle ou réelle, arbitraire ou non, la propriété, la possession, l'exhibition d'une chose corporelle[2]; il condamnera à une somme d'argent seulement quand la condamnation à la chose est impossible, quand il s'agit d'obligation de faire ou de ne pas faire ; 4° enfin, à la différence du juré dont la tâche était terminée par la *sententia*, il reste compétent pour l'exécution.

IV. Exécution. — L'exécution peut avoir lieu soit en nature, soit par *pignus ex judicati causa captum*, soit par *distractio bonorum*.

Elle a lieu en nature, quand le jugement prescrit de livrer, de restituer ou d'exhiber une chose. Les officiers du magistrat procureront par la force la livraison, la restitution ou l'exhibition, et il semble bien que la livraison en particulier aura pour effet de faire obtenir au gagnant le droit qu'il demandait qu'on lui transférât, ainsi la propriété à l'acheteur[3].

Quand un jugement ne peut être exécuté en nature, la voie d'exécution normale est le *pignus ex judicati causa captum*, la saisie par les officiers du magistrat d'objets particuliers qui sont vendus par eux au profit de la partie gagnante jusqu'à concurrence du montant de la condamnation. Cette voie d'exécution introduite par Antonin le Pieux, probablement pour la procédure extraordinaire, est devenue, sans grands

1. Cf. Mitteis, *Iahrbücher* de Ihering, 39, 1897, pp. 159-162. L'exagération de la demande est seulement punie, au cas de *plus petitio tempore*, depuis Zénon, par le doublement du délai qui restait à courir et, au cas d'autre *plus petitio*, par la création au profit du défendeur d'une action en restitution du triple des frais exagérés payés par lui (*Inst.*, 4, 6, *De act.*, 33 c. *C.*, 3, 10, *De plus pet.*, 1, 2 ; cf., *C.*, *h. t.*, 3, un cas où, par une résurrection de l'ancien régime qui est un véritable doublet, Justinien punit l'exagération de la demande de la perte du droit.

2. Il ne faudrait pas au reste conclure de là que les actions arbitraires aient disparu sous ce système. Justinien, *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 31, en parle toujours au présent dans des textes qui montrent l'intérêt qu'il y attachait et où, d'après certains auteurs, il aurait augmenté leur importance (p. 1038, n. 3) et elles assurent toujours au demandeur l'avantage de déterminer le montant de la condamnation par son serment au cas de dol et à celui de résistance du défendeur, si l'exécution par la force est impossible et peut-être même si le demandeur ne l'exige pas (cf. *D.*, 12, 3, *De in lit. jur.*, 2).

3. La solution est conforme à l'esprit du temps et elle paraît impliquée par certains textes, notamment par *C. Th.*, 11, 36, *Quorum app.*, 25.

changements, la procédure d'exécution régulière, quand tous les procès sont devenus des procès extraordinaires[1].

La *distractio bonorum*[2], vente en détail du patrimoine saisi en bloc, déjà admise pour quelques cas exceptionnels dans la période antérieure, intervient seulement au cas d'insolvabilité, ou bien sur la demande de deux ou plusieurs créanciers munis de titres exécutoires, qui pourront en outre exercer à titre accessoire la contrainte par corps sur le débiteur, ou bien sur l'initiative de ce débiteur qui déclare céder ses biens à ses créanciers et qui échappe par là à l'exécution sur la personne[3]. Dans les deux cas, les créanciers obtiennent l'envoi en possession et le droit de vendre. Mais. à la différence de l'ancien régime : 1° il faut pour cela qu'ils soient munis de créances certaines, de jugements ou d'actes assimilés, ce qui fait qu'un délai fort long est accordé aux autres créanciers pour produire leurs titres avant que la vente ait lieu : deux ans entre présents, quatre ans entre absents ; 2° la vente est faite non plus par le *magistrer* à un adjudicataire unique, mais en détail par un *curator* dont le nom a été substitué en conséquence à celui du *magister* dans de nombreux textes du Digeste. Il n'y a plus besoin, comme sous l'*ordo*, de mettre, à la place du failli, un nouveau défendeur à la tête du patrimoine et c'est pour cela que Justinien rattache la disparition de la *venditio bonorum* à celle de l'*ordo*[4].

1. Cf. p. 1062, n. 1.
2. V. pour les détails, Justinien, *C.*, 7, 72, *De bon. auct. jud.*, 10.
3. Une constitution de Gratien de l'an 379, *C. Th.*, 4, 20, *Qui bonis lege Julia*, 1, paraît porter pour la première fois la restriction de ce droit, en première ligne dans l'intérêt du fisc, mais en même temps dans celui de tous les créanciers, aux débiteurs devenus insolvables par des accidents indépendants de leur volonté. Quant à la contrainte par corps, elle devait avoir lieu dans une prison publique depuis une constitution de 388 qui supprima les prisons privées, *C. Th.*, 9, 11, *De privati carceris custodia*, 1. Mais des textes postérieurs montrent que la pratique illégale de la détention du débiteur chez le créancier subsista dans les faits, particulièrement en Egypte, jusqu'à Justinien. Cf. *C.*, 9, 5, *De priv. carc.*, 1 ; 2 et Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, p. 442 et ss.
4. *Inst.*, 3, 12, *De succ. subl.*, *pr.* : *Bonorum emptio... locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerunt; sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt.*

ADDITIONS ET CORRECTIONS

P. 64, n. 4. Au lieu de : 13, 1, 31, lisez : 13, 13, 1.

P. 82, n. 2, avant-dernière ligne. Au lieu de : 18 février, lisez : 20 février. Ajoutez au premier article cité de M. de Francisci, ses articles consécutifs, *B. Ist. D. R.*, 23, 1911, pp. 39-85. 186-295 et 27, 1915, pp. 5-54.

P. 83, n. 5, dernière ligne. Au lieu de : p. 396, n. 5, lisez : pp. 431-432.

P. 89, n. 2. Voir sur la biographie de Cujas de 1522 à 1554, P. F. Girard, *N. R. H.*, 1916, pp. 429-504. 590-627.

P. 90. Ajoutez aux ouvrages biographiques cités dans les notes, J. Duquesne, *François Bauduin et la réforme*, Grenoble, 1917.

P. 100, n. 1. Au lieu de : *De nuptiis*, 18, lisez : *De nuptiis*, 10.

P. 101, n. 3. Au lieu de : 1, 2, lisez : 1. 2.

P. 134, n. 7. Au lieu de : *C. Th.*, 5, 9 et ss., lisez : *C. Th.*, 5, 12 et ss.

P. 157, n. 1. Au lieu de : 22, 23, 7, lisez : 22. 23, 7.

P. 192, n. 2. Au lieu de : Gaius, 1, 139, lisez : Gaius, 1, 130.

P. 236, n. 3. Au lieu de : p. 238, n. 2, lisez : p. 238, n. 1.

P. 236, n. 4. Au lieu de : p. 238, n. 2, lisez : p. 238, n. 1.

P. 237, n. 4. Au lieu de : *D.*, 21, 7, lisez : *D.*, 27, 1.

P. 238, n. 3. Au lieu de : *P. Vesely*, lisez : *P. Wessely*.

P. 269, n. 2, *in fine*. Au lieu de : 2, 8, lisez : 2, 7a.

P. 285, n. 4, ligne 4. Au lieu de : 21, 2, lisez : 23, 2.

P. 307, n. 2. Au lieu de : *B. G. U.*, 273, lisez : *B. G. U.*, 267.

P. 311, n. 2, ligne 34. Au lieu de : 3, lisez : 3, 3.

P. 319, n. 3, ligne 12. Au lieu de : 3, 7, lisez : 7, 3.

P. 327, n. 2. Au lieu de : 24, *pr.*, lisez : 25, *pr.*

P. 341, n. 1. Au lieu de : *D., h. t.*, 20, lisez : *D., h. t.*, 28.

P. 349, note, ligne 28. Au lieu de : 27, 1, lisez, 27, 3.

P. 351, ligne 10. Au lieu de : *condemna*, lisez : *condemnato*.

P. 395, n. 1. Au lieu de : *C.*, 4, 74, lisez : *C.*, 4, 66.

P. 416, n. 1. Au lieu de : *h. t.*, lisez : *h. t.*, 5.

P. 417, n. 6. V. aujourd'hui contre Schulz, W. Buckland, *N. R. H.*, 1917, pp. 5-47.

P. 453, n. 2, ligne 5. Au lieu de : 4, 6, *pr.*, lisez : 4 ; 6, *pr.*

P. 455, n. 4, ligne 13. Au lieu de : *De V. O.*, 65, lisez : *De V. O.*, 74.

P. 463, n. 1. Au lieu de : *D.*, 55, 1, lisez : *D.*, 45, 1.

P. 501, n. 2, ligne 4. Au lieu de : 1, 12, lisez : 12, 1.

P. 526, n. 1, *in fine*. Au lieu de : 30, 14, lisez : 39, 14.

P. 528, n. 5. Au lieu de : 46, *pr.*, lisez : 40, *pr.*

P. 580, n. 3. Au lieu de : *case*, lisez : *cose*.

P. 591, n. 8, ligne 11. Au lieu de : 2, 1, lisez : 22, 1 ; ligne 14. Au lieu de : 68, 11, lisez : 68, 1.

P. 592, n. 3, ligne 8. Au lieu de : trouvent, lisez : prouvent.

P. 605, n. 2, ligne 10. Au lieu de : *Mand.*, 17, 1, lisez : *Mand.* 27, 1.
P. 640, n. 2. Au lieu de : *Pro Caec.*, 7, 49, lisez : *Pro Caec.*, 7, 19.
P. 645, n. 2. Au lieu de : *De fin. reg.*, 8-5, lisez : *De fin. reg.*, 3-5.
P. 662, n. 1. Au lieu de : *D.*, 20, *De leg.*, *I*, lisez : *D.*, 30, *De leg.*, *I.*
P. 720, n. 3, dernière ligne. Au lieu de : *del*, lisez : *dal.*
P. 733, n. 4. Au lieu de : *De resc. vend.*, 8, lisez : *De resc. vend.*, 6.
P. 733, n. 5, ligne 9. Au lieu de : 1, *pr.*, lisez : 1.
P. 751, n. 4. Au lieu de : 72, lisez : 72, *pr.*
P. 762, n. 4, *in fine.* Au lieu de : Aulu-Gelle, 16, 10, 10, lisez : Aulu-Gelle, 16, 10, 8.
P. 801, n. 5. Au lieu de : *D. h. t.*, 11, 12, lisez : *D. h. t.*, 11 ; 12.
P. 813, n. 1, *in fine.* L'étude de M. Bonfante est aujourd'hui reproduite dans ses *Scritti giuridici*, 1, *Famiglia e successione*, 1916, pp. 469-508.
P. 814. n. 1, ligne 14. Au lieu de : p. 806, n. 2, lisez : p. 819, n. 2.
P. 818, n. 1. Au lieu de : p. 814, n. 2 et 3, lisez : p. 813, n. 2 et 3.
P. 820, n. 1. Au lieu de : Gaius, 2, 102, lisez : Gaius, 2, 103.
P. 832, n. 1. Au lieu de : *h. t.*, 8, lisez : *h. t.*, 3.
P. 848, n. 1. Au lieu de : *Inst.*, 2, 16, lisez : *Inst.*, 2, 17.
P. 854, n. 2, *in fine.* Ajoutez : Pour la même raison, les successions ab intestat faisaient l'objet d'une déclaration qui paraît avoir été faite au bureau de perception de la *vicesima* dans un acte d'Oxyrhynchos de l'an 237 (*Textes*, pp. 807-808) et au collecteur d'impôts du nome dans un acte d'Hermopolis de l'an 246 (*Textes*, pp. 809-810).
P. 862, note 2. Au lieu de : *Inst.*, 2, 3, lisez : *Inst.*, 3, 3.
P. 878, n. 3. Au lieu de : *D. h. t.*, 35, *pr.*, lisez : *D. h. t.*, 25, *pr.*
P. 900, n. 4. Au lieu de : *C. Th.*, 6, 2, *De bon. dec.*, lisez : *C. Th.*, 5, 2, *De dec.*
P. 905, n. 5. Au lieu de : 12 et : 13, lisez : 1, 12 et : 1, 13.
P. 910, n. 1, ligne 19. Au lieu de : *D.*, *h. t.*, 24, lisez : *D.*, *h. t.*, 1, 24.
P. 938, ligne 18. Au lieu de : réputation, lisez : répudiation.
P. 941, n. 3, ligne 8. Au lieu de : *D.*, *h. t.*, 5, *pr.*, lisez : *D.*, 36, 4, *Ut in poss. leg.*, 5, *pr.*
P. 946, n. 1. Au lieu de : *Reg.*, 24, 26, lisez : *Reg.*, 24, 25.
P. 963, n. 6. Ajoutez : P. Collinet, *Etudes*, 1, pp. 174-191.
P. 976, n. 4. Au lieu de : *De r. u. a.*, 3, lisez : *De r. u. a.*, 1, 3a.
P. 982, n. 1. Ajoutez : Emilio Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, Rome, 1918.
P. 992, n. 1, ligne 13. Au lieu de : p. 989, n. 4, lisez : p. 1003, n. 5.
P. 994, n. 1, ligne 5. Au lieu de : p. 998, n. 3, lisez : p. 1012, n. 3.
P. 999, n. 2. Au lieu de : p. 1021, n. 4, lisez : p. 1038, n. 1.
P. 1008, n. 3. Au lieu de : p. 1046, n. 2, lisez : p. 1064, n. 2.
P. 1008, n. 4. Au lieu de : p. 1053, n. 6, lisez : p. 1071, n. 6.
P. 1018, n. 2. Au lieu de : Paul, *Sent.*, 5, 5a, 4, lisez : Paul, *Sent.*, 5,5a, 1.
P. 1032, n. 6. Au lieu de : *De Nat. deorum*, 3, 74, lisez : *De Nat. deorum*, 3, 30, 74.
P. 1051, n. 1, *in fine.* Au lieu de : 7, lisez : 1, 7.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES [1]

1. Les chiffres sont ceux des pages ou, quand il y en a deux séparés par une virgule, des pages et des notes. Au cas de renvois multiples, des astériques indiquent, s'il y a lieu, les passages principaux. Quant à l'ordre des mots, il sera bon de remarquer que les renvois relatifs à des termes composés de plusieurs mots latins, sont d'ordinaire faits au substantif principal, même quand l'usage met avant lui son régime ou un adjectif, ainsi à *nuntiatio operis novi* et non à *operis novi nuntiatio*, à *constitutio Rutiliana* et non à *Rutiliana constitutio*.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES TEXTES CITÉS [1]

1. Cette table a été dressée, pour la 5e édition de mon *Manuel*, par mes élèves MM. Lévy-Bruhl, Petot, Pissard et Ramadier. Pour la 6e édition, j'ai dû me substituer dans l'accomplissement de cette tâche, à mes quatre collaborateurs que la guerre a appelés tous quatre aux armées, où trois d'entre eux ont été cités à l'ordre du jour et l'un est mort pour la patrie : le lieutenant de chasseurs alpins Pissard, qui était aussi depuis 1912 l'agrégé des Facultés de Droit Pissard, mort glorieusement à la tête de ses hommes, à Curlu (Somme), le 20 juillet 1916. Dans la longue transposition de soixante colonnes compactes de renvois nécessitée par le changement de pagination du volume, je n'ai eu dans l'ensemble qu'à me conformer au plan qui avait été très heureusement arrêté par mes collaborateurs. Les chiffres entre parenthèses sont ceux des pages et des notes du *Manuel*, les pages et les notes étant séparées par des virgules et les renvois successifs par des points. Les textes sont disposés dans l'ordre alphabétique des noms d'auteurs et, quand il n'y a pas de noms d'auteurs, des titres d'ouvrages, sauf pour les inscriptions, les papyrus et les monuments figurés desquels les citations ont été rassemblées sous la rubrique : Inscriptions et papyrus. Sous cette rubrique, les documents ont été cités d'après les mêmes recueils que dans le *Manuel*, d'après Girard, *Textes*, 4e édition, quand ils s'y trouvaient ; au cas contraire, d'après les autres recueils dont les titres rapportés en abrégé sont expliqué dans la *Bibliographie*. On reconnaîtra sans peine que les divisions des ouvrages sont signalées suivant les procédés habituels, mais que la première division a été, partout où cela a semblé devoir profiter à la clarté, indiquée en caractère gras, et que, dans le même but de clarté, les chiffres des livres, des titres et des lois, ont été, par opposition à ceux des paragraphes, pareillement imprimés en caractères gras, dans les renvois au Digeste, aux Institutes, aux différents Codes et aux Novelles où il a paru en revanche être permis par là d'omettre les rubriques des titres.

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES

LIVRE III

LE PATRIMOINE

TITRE II

Effets des obligations. . . . . p. 651

TITRE III

Extinction des obligations. . . . . p. 6[illegible]

TITRE II

TITRE III

LIVRE IV

TITRE I

TITRE II

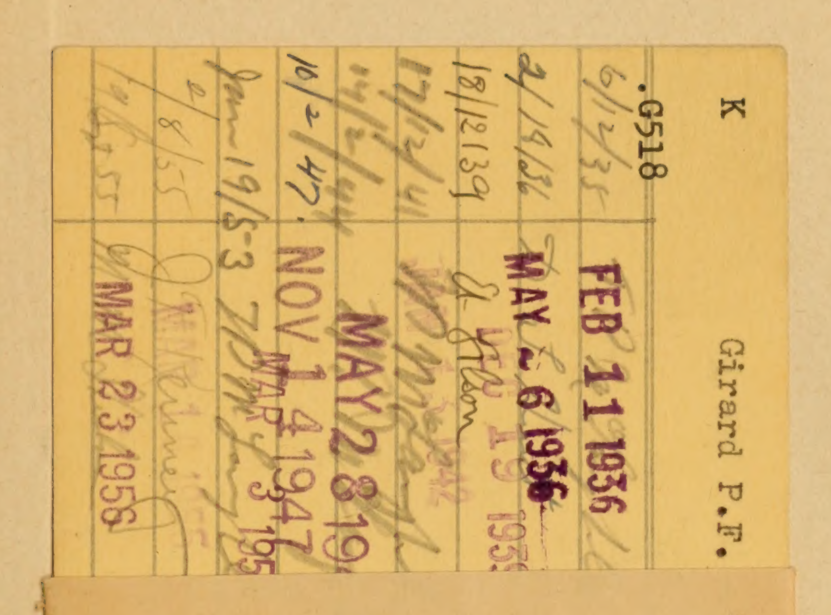
TITRE III

1015

.. 1016. Ma-
1018. *Inter-*
1020. Cau-
. 1026 :

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

:
SECT.
p. 107
droit, p



THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
10 ELMSLEY PLACE
TORONTO 5, CANADA.

K
.G518

7195

